



RESOLUCIÓN No. 0-1774

14 JUN. 2016

Por medio de la cual adopta el Protocolo de investigación de violencia sexual y se establecen medidas para su implementación y evaluación.

EL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN (E)

En ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO QUE:

El artículo 6° del Decreto-Ley 0016 de 2014 *“por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”* le asignó a la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación la función de adoptar estrategias que garanticen la implementación transversal de un enfoque diferencial en las políticas internas y públicas fomentadas en la entidad bajo los lineamientos del Fiscal General de la Nación. Adicionalmente, le asignó a esta misma dependencia las funciones de evaluar los resultados de la implementación de las políticas públicas adoptadas por la entidad y proponer ajustes a las mismas.

El artículo 7° del Decreto-Ley 0016 de 2014 establece que la Subdirección de Políticas Públicas debe proponer las estrategias para la implementación transversal de un enfoque diferencial en las políticas internas y públicas fomentadas en la Fiscalía General de la Nación y hacer seguimiento al interior de la institución de la ejecución e implementación de la políticas públicas que tengan incidencia en el cumplimiento de las funciones de la entidad.

El párrafo del artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 *“por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”* ordenó a la Fiscalía General de la Nación la adopción de un protocolo para la investigación de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el que se contemplen medidas jurídicas y psicosociales además de mecanismos que apunten al fortalecimiento de las capacidades de los funcionarios para la investigación, el trato, la atención y la asistencia a las víctimas durante todas las etapas del procedimiento y acciones específicas para la atención de mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas.

La Corte Constitucional, en el Auto 009 de 2015, reiteró la obligación que le compete a las entidades públicas de cumplir con el deber de debida diligencia, en materia de prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, el que ha sido



Hoja No. 2. Resolución No. **0-1774** *Por medio de la cual adopta el Protocolo de investigación de violencia sexual y se establecen medidas para su implementación y evaluación.*

reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹ y la Relatora Especial sobre la violencia contra la Mujer².

La Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008, conformada por organizaciones de la sociedad civil, destacó a la Corporación Sisma Mujer para liderar la elaboración del insumo principal que entregado por parte de la sociedad civil a la Fiscalía General de la Nación, con el propósito de incorporarlo en el proceso de elaboración del Protocolo de investigación de violencia sexual.

En junio de 2015 la Corporación Sisma Mujer entregó a la Subdirección de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación un insumo para la elaboración del Protocolo de investigación de violencia sexual. Para lo cual, la Corporación Sisma Mujer tuvo en cuenta los aportes realizados por organizaciones de derechos humanos y de distintas dependencias de la Fiscalía General de la Nación, además de los insumos suministrados por los organismos de control y las organizaciones internacionales. En el marco de este proceso, la Corporación Sisma Mujer contó con el aporte financiero del Consejo Noruego para Refugiados, la Fundación Panamericana para el Desarrollo, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Proyecto de Acceso a la Justicia de USAID.

La Subdirección de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones lideró el proceso de elaboración del Protocolo de investigación de violencia sexual, en el que tuvo en cuenta el insumo entregado por la Corporación Sisma Mujer, al igual que las observaciones realizadas por distintas dependencias de la Fiscalía General de la Nación, así como los valiosos aportes realizados por la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y de organismos internacionales como las oficinas en Colombia de ONU Mujeres y ONU Derechos Humanos con la participación de reconocidas expertas internacionales en la materia.

La expedición del Protocolo de investigación de violencia sexual tiene como propósito impartir lineamientos y consolidar buenas prácticas que faciliten la efectiva investigación y judicialización de los delitos de violencia sexual, al mismo tiempo que definir mecanismos enfocados a garantizar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual.

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Washington, D.C., 20 enero de 2007.

² Consejo Económico y Social, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Informe "La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer", E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006.



Hoja No. 3. Resolución No. **0-1774** *Por medio de la cual adopta el Protocolo de investigación de violencia sexual y se establecen medidas para su implementación y evaluación.*

La expedición de un Protocolo de investigación de violencia sexual debe ir acompañado de un mecanismo de implementación de los lineamientos y directrices contempladas en dicho instrumento.

A partir de la Resolución 003 de 2015 del Comité Nacional de Priorización de Situaciones y Casos se conformó el Subcomité de articulación para la investigación y judicialización de la violencia sexual en el marco del conflicto armado conformado por las direcciones nacionales estratégicas y misionales con competencia sobre estos temas en la Fiscalía General de la Nación.

Dicho Subcomité tiene como una de sus funciones la de direccionamiento estratégico de la investigación y judicialización de la violencia sexual ocurrida en el marco del conflicto armado.

Que en conclusión, la presente Resolución tiene los siguientes fines: i) adoptar el Protocolo de investigación de violencia sexual; ii) definir el ámbito de aplicación y los criterios orientadores para la implementación del Protocolo de investigación de violencia sexual; iii) ordenar la difusión, implementación y evaluación del Protocolo de investigación de violencia sexual en una dependencia; y iv) establecer un proceso de evaluación a la implementación del Protocolo de investigación de violencia sexual.

Que en mérito de lo expuesto, el Fiscal General de la Nación,

RESUELVE:

Artículo 1: Adopción del Protocolo de investigación de violencia sexual. Adóptese el Protocolo de Investigación de violencia sexual. Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y judicialización de delitos de violencia sexual.

Artículo 2: Objetivo del Protocolo de investigación de violencia sexual. El Protocolo de investigación de violencia sexual tiene como propósito impartir directrices y lineamientos que contribuyan a la investigación y judicialización efectiva de los casos de violencia sexual, que deberán ser aplicados por todos los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación que participen en los procesos de atención, recepción, investigación y judicialización de los delitos de violencia sexual.

Artículo 3: Ámbito de aplicación del Protocolo de investigación de violencia sexual. Los lineamientos y directrices contemplados en el Protocolo de investigación de violencia sexual serán aplicados en los casos en los que se investiguen violaciones a la libertad, integridad y formación sexuales, que incluyen los registrados en el Título



Hoja No. 4. Resolución No. **0-1774** Por medio de la cual adopta el Protocolo de investigación de violencia sexual y se establecen medidas para su implementación y evaluación.

II sobre los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” y en el Título IV sobre los “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” del Código Penal. Estos lineamientos serán aplicables indistintamente del procedimiento penal aplicable.

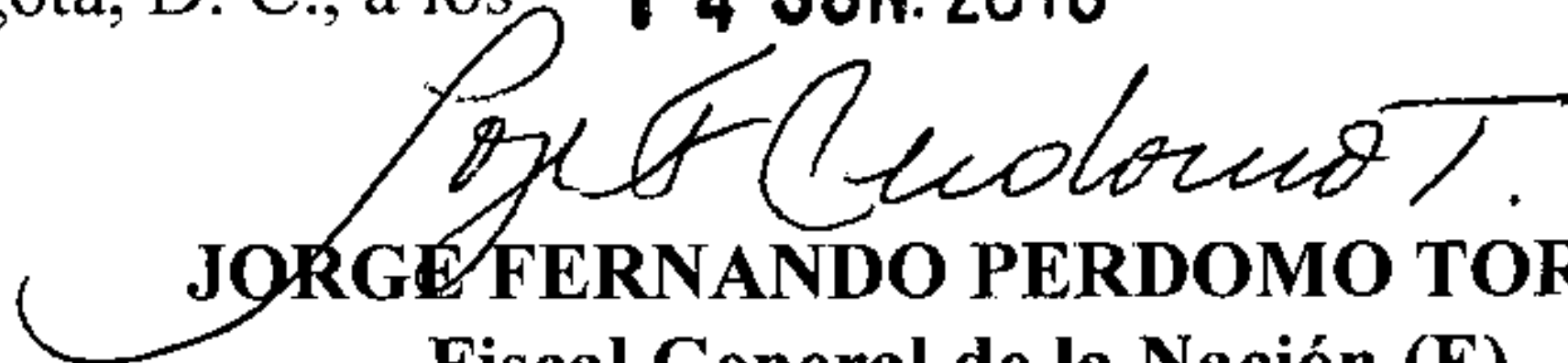
Artículo 4: Principios orientadores a tener en cuenta en la implementación del Protocolo de investigación de violencia sexual. Para la implementación de los lineamientos y directrices contemplados en el Protocolo de investigación de violencia sexual se deberá tener en cuenta la aplicación del enfoque de género, la perspectiva diferencial y de interseccionalidad, además del análisis del contexto en el que se registren los hechos objeto de investigación.

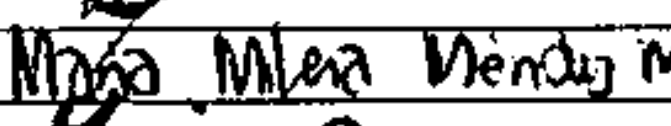
Artículo 5: Implementación del Protocolo de investigación de violencia sexual. La Subdirección de Políticas Públicas con el acompañamiento del Subcomité de articulación para la investigación y judicialización de la violencia sexual en el marco del conflicto armado así como con la participación activa de la Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana será la encargada de implementar el Protocolo de investigación de violencia sexual y para esto deberá diseñar y ejecutar medidas para la elaboración de versiones pedagógicas del protocolo, su difusión, así como talleres a fiscales, investigadores y asistentes de fiscal en las direcciones nacionales y seccionales que deban aplicarlo.

Artículo 6: Proceso de evaluación a la implementación del Protocolo de investigación de violencia sexual. El diseño y ejecución de un proceso de evaluación de los resultados alcanzados en la difusión de lineamientos y buenas prácticas en materia de investigación y judicialización de los casos de violencia sexual estará a cargo de la Subdirección de Políticas Públicas.

Comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a los **14 JUN. 2016**


JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES
Fiscal General de la Nación (E)

	NOMBRE	FIRMA	FECHA
Proyectó	María Teresa García		13-06-2016
Proyectó	María Milena Méndez		13/06/2016
Revisó	Gina Cabarcas Maciá		13-06-2016
Aprobó	Miguel E. La Rota Uprimny		13 6 2016
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y, por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.			

PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN DE VIOLENCIA SEXUAL

Guía de buenas prácticas y lineamientos para la investigación penal y
judicialización de delitos de violencia sexual.

Jorge Fernando Perdomo Torres

Fiscal General de la Nación (E)

Contenido

Introducción.....	4
Capítulo 1.	9
Construyendo un caso de violencia sexual	9
A. Definición de violencia sexual.....	9
B. Perspectiva de género y de interseccionalidad.....	11
C. Enfoque diferencial.....	15
D. Mitos acerca de la violencia sexual	16
E. Análisis de contexto de la violencia sexual.....	24
F. Investigación integral en casos de violencia sexual	26
Capítulo 2	30
Buenas prácticas y lineamientos tras el conocimiento de los hechos de violencia sexual	30
A. Conocimiento de los hechos de violencia sexual	30
Fuente de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima.....	32
Fuente de conocimiento # 2: Reporte o remisión de casos del sector salud.....	38
Fuente de conocimiento # 3: Reporte proveniente de la Policía Nacional	40
Fuente de conocimiento # 4: Reporte procedente de defensorías de familia o servidores(as) del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF)	40
Otras fuentes de conocimiento de los hechos de violencia sexual.....	41
B. Atención integral a las víctimas.....	42
Componente de la atención integral a víctimas # 1: La orientación inicial.....	42
Componente de la atención integral a víctimas # 2: Remisión a otras entidades	44
Capítulo 3	52
Indagación e investigación de delitos de violencia sexual	52
A. Reglas generales para la recolección de evidencia:.....	52
B. Procedimiento para la realización de actos de investigación e indagación	53
C. Actos de investigación relacionados con la víctima y otros testigos.....	55

Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 1: La Entrevista.....	56
Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos# 2: Valoración médico-forense	62
Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 3: Valoración psicológica.....	64
Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 4: Reconocimiento del perpetrador mediante fotografías, videos o fila de personas	65
D. Actos de investigación realizados sobre víctimas no sobrevivientes	66
Acto de investigación realizados sobre víctimas no sobrevivientes # 1: Inspección a cadáver y autopsia.....	67
Acto de investigación realizado sobre víctimas no sobrevivientes # 2: Autopsia psicológica	68
E. Actos de investigación realizados sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales	68
Acto de investigación realizado sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales # 1: Inspección del lugar de los hechos	68
Acto de investigación realizado sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales # 2: Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos o a través de interceptación de llamadas telefónicas.....	70
F. Actos de investigación sobre el indiciado	70
Acto de investigación sobre el indiciado # 1: Interrogatorio a presuntos responsables	70
Acto de investigación sobre el indiciado # 2: Inspección corporal, registro corporal y obtención de muestras	73
Capítulo 4.....	52
Crímenes de violencia sexual y formas de atribución de responsabilidad	74
A. Crímenes de violencia sexual en el Código Penal	74
B. Bienes jurídicos tutelados.....	74
C. La violencia sexual como crimen internacional	76
Aplicación del DIH ante la existencia de un conflicto armado interno	80
Aplicación de la categoría de persona protegida como sujeto pasivo calificado.....	83
D. Acreditación de los elementos estructurales de los delitos de violencia sexual	88
E. Atribución de responsabilidad en casos de violencia sexual.....	92
Capítulo 5	99
Estrategias para la judicialización de casos de violencia sexual	99

A. Archivo de las diligencias o la solicitud de preclusión del caso.....	99
B. Fase de imputación	101
C. Medidas de aseguramiento	101
D. Preacuerdos en casos de violencia sexual.....	102
E. El Juicio.....	103
Antes de las audiencias de juicio	103
Análisis de los medios probatorios.....	104
Preparación de la teoría del caso	108
Reunión con la víctima antes del juicio.....	111
Preparación del juicio	114
Durante el juicio:	115
Durante la audiencia preparatoria.....	115
El debate probatorio durante la audiencia de juicio oral	116
Acciones en caso de la retracción de la víctima	118
Después del juicio:	118

Introducción

1. *Objetivo del protocolo.* Este protocolo brinda a todos los funcionarios de la FGN, encargados de las distintas etapas de investigación y judicialización de delitos de violencia sexual, herramientas para cumplir con los estándares de debida diligencia, fortalecer las capacidades institucionales y superar los obstáculos investigativos y técnico penales así como aquellos que impiden una atención adecuada a las víctimas tanto en el marco del conflicto armado como fuera de él. Con ello, responde a lo ordenado en el Artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 según el cual la FGN debe elaborar un protocolo de investigación de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Este protocolo es producto del esfuerzo institucional realizado durante la administración del Fiscal General, Eduardo Montealegre Lynett y del actual Fiscal General (E), Jorge Fernando Perdomo Torres, en la que se aumentaron los esfuerzos para luchar por la investigación efectiva de la violencia basada en género.
2. *La violencia sexual como fenómeno criminal.* La violencia sexual es un fenómeno criminal multidimensional, en término de sus causas, del tipo de poblaciones que afecta, de los móviles, de sus ejecutores, de las formas y los ámbitos en que se manifiesta y de sus consecuencias. Es una manifestación violenta de arreglos sociales de género que son discriminatorios, se exacerba en tiempos de guerra y se constituye como un mecanismo de dominación, que afecta de manera pronunciada a mujeres¹, niños, niñas y adolescentes (NNA)².
3. *Obligación de debida diligencia.* En consideración a todo ello y a los mandatos constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación (FGN) tiene la obligación de seguir estándares de debida diligencia para atender, investigar y judicializar los casos de violencia sexual: La investigación debe realizarse de forma inmediata, exhaustiva, seria e imparcial, en un plazo razonable y bajo el impulso de los funcionarios judiciales, quienes deben utilizar plenamente sus facultades oficiosas³ y adoptar una actitud proactiva en la búsqueda efectiva de la verdad.
4. *Derechos de las víctimas de violencia sexual.* Los derechos de las víctimas de violencia sexual son múltiples y han sido reconocidos por distintos instrumentos jurídicos entre los que se destacan la Ley 1257 de 2008, la Ley 1448 de 2011 y la Ley 1719 de 2014. En síntesis, las víctimas de violencia sexual tienen derecho a: una vida libre de violencias; verdad; justicia y acceso a recursos judiciales efectivos; información; respeto y protección de su intimidad y privacidad; igualdad y no discriminación; dignidad y atención no revictimizante; autonomía y libre consentimiento; participación en el proceso penal, acompañamiento y asistencia técnica legal; seguridad personal y protección; atención integral, inmediata, gratuita y especializada para el

¹ Corte Constitucional. Auto 092 del 14 de abril de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Constatación general N° III.1.1.1.

² Corte Constitucional. Auto 251 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

³ "La obligación estatal de iniciar *ex officio* las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos indica que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios" Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 30 abril de 2008. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, párr. 4.5.7. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-520 del 31 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

restablecimiento de derechos y en el ámbito de la salud física, mental, sexual y reproductiva; y reparación integral.

5. *Retos en la investigación y judicialización de la violencia sexual.* La investigación penal asociada a hechos de violencia sexual lleva consigo retos que tienen que ver tanto con dificultades propias del recaudo de elementos materiales probatorios (EMP) y evidencia física (EF), la individualización de los responsables y el desarrollo de estrategias de juicio así como con la capacidad institucional de atención a las víctimas a través de enfoques diferenciales que propicien su participación y garanticen el ejercicio de sus derechos. Estas dificultades están relacionadas con que:

- a. Las víctimas de violencia sexual pueden enfrentar una serie de obstáculos determinantes en la decisión de denunciar lo cual se constituye en un reto para la actividad probatoria ya que puede significar un aumento en el tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho hasta el conocimiento de la noticia criminal o incluso que la investigación de los hechos deba comenzar sin contar con el relato de lo ocurrido por parte de la víctima⁴.
- b. Algunos casos de violencia sexual no cuentan con testigos directos.
- c. Particularmente en escenarios de conflicto armado la identificación de víctimas y testigos puede ser complicada debido a desplazamientos forzados concurrentes, amenazas e intimidación.
- d. La existencia de posibles relaciones de poder entre el victimario y la víctima, ya sea que se trate de actores armados, familiares o cónyuges, pueden condicionar la recaudación de elementos de prueba y la participación de la víctima en el proceso judicial.
- e. La posible relación de la violencia sexual con la comisión de otros delitos, como secuestro, tortura, amenazas, entre otros, profundizan la afectación a las víctimas, y en el caso de retenciones durante un tiempo prolongado puede además facilitar la pérdida de elementos de prueba relevantes.
- f. La valoración acerca del consentimiento y de otros elementos determinantes para la tipificación, son susceptibles de conllevar prejuicios sociales asociados a la discriminación contra las mujeres y/o ciertos grupos sociales. Estos prejuicios refuerzan en algunos investigadores y fiscales ideas erradas que los llevan a no creer el relato de las víctimas, negar el carácter delictual de determinadas conductas o justificarlas.
- g. La creencia entre algunos fiscales de que los hechos de violencia sexual sólo pueden ser tipificados como delitos de “propia mano”, reduce la atribución de responsabilidad a quien de manera directa haya ejecutado los elementos objetivos del tipo. Esta creencia cercena múltiples posibilidades que tienen los fiscales que enfrentan la investigación de estos delitos en la vinculación de todos sus responsables, utilizando para ello diversas formas de participación y autoría.

⁴ Para conocer algunas de estas barreras ver: “Las víctimas enfrentan obstáculos reales para acceder a la justicia”, en el capítulo I de este protocolo, párr. 36

6. *Contenido del protocolo.* Este protocolo tiene cinco capítulos alineados con la estructura general de una investigación y un proceso penal.
- El primer capítulo explica qué se entiende por “violencia sexual”, las afectaciones y efectos que puede llevar consigo, las conductas que la constituyen y algunos de los contextos en los que puede ocurrir. Además, explica la vinculación de este tipo de delitos con dinámicas de violencia basada en género y otras formas de discriminación. Brinda herramientas para la superación de prejuicios que podrían obstaculizar la participación de las víctimas, así como la aproximación objetiva a la investigación y al proceso penal. Así mismo, incluye herramientas para contextualizar e investigar casos de violencia sexual de forma integral con perspectiva de género y de interseccionalidad.
 - El segundo capítulo introduce lineamientos para la recepción y registro de la información inicial del caso de acuerdo a diversas fuentes de conocimiento de los hechos, así como para la activación de actos urgentes y de diversos mecanismos para la atención integral a las víctimas de violencia sexual en términos de orientación, representación legal, atención en salud y protección.
 - El tercer capítulo brinda lineamientos concretos para el desarrollo de los actos de investigación que garanticen la adecuada recolección de evidencia y así afirmar o desvirtuar las hipótesis criminales planteadas en el programa metodológico.
 - El cuarto capítulo describe los crímenes de violencia sexual y formas de atribución de responsabilidad asociadas a este tipo de delitos. Para ello aborda la forma en que se tipifican estos delitos en el Código Penal así como los bienes jurídicos tutelados. De igual manera, presenta en líneas generales el tratamiento que le da el derecho penal internacional a la violencia sexual como crimen de guerra y de lesa humanidad. Además, brinda herramientas para la adecuación típica y atribución de responsabilidad de hechos ocurridos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno y por fuera del mismo, a partir de los elementos estructurales de estos delitos.
 - El quinto capítulo dispone lineamientos para la judicialización de la violencia sexual a partir de un enfoque centrado en la víctima. De allí que este apartado desarrolle algunas pautas a tener en cuenta para el posible archivo o preclusión de la investigación, la realización de la imputación, la solicitud de medidas de aseguramiento, y la posibilidad de entablar preacuerdos en casos de violencia sexual. Además este acápite incluye pautas claves para la preparación de la teoría del caso como fundamento del escrito de acusación y herramientas a considerar en distintos momentos de la etapa de juicio, dirigidos tanto a la defensa de la teoría del caso a partir de la evidencia y elementos recolectados, como a la garantía de los derechos de las víctimas y de las condiciones idóneas para su participación antes, durante y después del juicio.
7. *Aproximaciones metodológicas utilizadas en el protocolo.* Los contenidos incluidos en el protocolo son abordados a partir de dos aproximaciones metodológicas: una conceptual-dogmática y otra procedimental. Los capítulos 1 y 4 describen los diversos

conceptos y alternativas dogmáticas pertinentes para abordar la investigación y ejercicio de la acción penal en casos de violencia sexual. Por su parte, los capítulos 2, 3 y 5 describen etapas, actividades, plazos, formatos necesarios y responsables en la investigación y judicialización de la violencia sexual al interior de la FGN.

8. *Aplicación del protocolo a todos los procedimientos penales.* El protocolo lo componen referencias generales y lineamientos para la adecuada investigación y judicialización de la violencia sexual independientemente del procedimiento penal aplicable. Así, aun cuando el diseño de este documento tomó como guía lo establecido en la Ley 906 de 2004, en algunas ocasiones, el protocolo menciona explícitamente cómo variaría el seguimiento de algún lineamiento cuando las investigaciones se adelantan bajo los rigores de la Ley 600 de 2000 y la Ley 975 de 2005.
9. *Contribución de SISMA Mujer al protocolo.* El insumo principal de este protocolo fue el documento desarrollado por la Corporación Sisma Mujer⁵ con el apoyo financiero del Consejo Noruego para Refugiados, la Fundación Panamericana para el Desarrollo, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Proyecto de Acceso a la Justicia de USAID. Dicho insumo surgió de un proceso de elaboración participativa con la FGN, tanto en su nivel nacional como en su nivel regional; además de un intercambio con organizaciones de la sociedad civil y grupos de víctimas de violencia sexual. Este diálogo entre la FGN como ente investigativo y Sisma Mujer como organización de la sociedad civil, acercó las necesidades y limitaciones de la institucionalidad oficial con los requerimientos y las demandas sociales. El insumo elaborado por SISMA Mujer significó para la construcción de este protocolo un avance de desarrollo temático, revisión documental, rastreo jurisprudencial, estudio diagnóstico y planteamiento metodológico que recoge las inquietudes de algunas organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres, indispensable para la consolidación de los contenidos expuestos en las siguientes páginas.
10. *Socialización del contenido del protocolo.* Los capítulos incluidos en este documento fueron validados en distintas instancias al interior de la entidad, recogiendo los aportes de fiscales y funcionarios de policía judicial de diversas dependencias con amplia experiencia en el desarrollo exitoso de casos de violencia sexual. También funcionarios de varias direcciones nacionales del nivel estratégico colaboraron con insumos, correcciones y sugerencias para el desarrollo de este material. Por su parte, la Subdirección de Políticas Públicas recogió los diferentes insumos y elaboró la redacción final.
11. *Aportes de otras entidades estatales.* En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 la elaboración de este protocolo contó con los aportes de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, entidades que brindaron importantes insumos y colaboraron en la convalidación de los contenidos aquí expuestos.
12. *Aportes de organismos internacionales.* Así mismo, en el proceso de redacción de este protocolo, la FGN contó con el apoyo de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado

⁵ Organización propuesta por la Mesa de Seguimiento al Auto 092 para prestar esta asistencia técnica en la elaboración del Protocolo de investigación de violencia sexual.

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y de ONU Mujeres, quienes con sus observaciones y sugerencias contribuyeron a la mejor incorporación de la perspectiva de género y los enfoques diferenciales a lo largo del documento. En particular, mediante su asesoría técnica de la especialista en justicia penal internacional y género Daniela Kravetz, Consultora de ONU-Mujeres, aportó importantes reflexiones al proceso de construcción de este documento y acotó temas centrales relacionados a sus conocimientos en el abordaje de los crímenes de violencia sexual por parte de los tribunales penales internacionales.

13. *Contribución a la garantía de los derechos de las víctimas.* La FGN espera que este material sea de conocimiento y utilidad para todos los servidores de la entidad a nivel nacional involucrados en las diferentes etapas de la investigación y judicialización de la violencia sexual y en este sentido contribuya al alcance de la verdad, la justicia y la reparación para las víctimas de estos crímenes.

Capítulo 1.

Construyendo un caso de violencia sexual

14. *Contenido.* Este capítulo aporta elementos conceptuales sobre la violencia sexual, la perspectiva de género y de interseccionalidad, y el enfoque diferencial, para guiar la construcción de una investigación penal integral y rigurosa. A partir de la explicación de estas categorías, el texto desarrolla tres herramientas básicas para la construcción de un caso de violencia sexual exitoso. La primera herramienta permite que el funcionario judicial reconozca y supere aquellos prejuicios contruidos alrededor de la investigación de la violencia sexual para asegurar una atención adecuada a las víctimas así como una aproximación objetiva a la investigación y judicialización de este tipo de casos. La segunda herramienta explica cómo contextualizar un hecho de violencia sexual haciendo una investigación analítica que tome en cuenta los insumos de disciplinas distintas al derecho y a la investigación criminal. Por último, la tercera herramienta toma los elementos de las primeras dos y se enfoca en cómo elaborar una estrategia de investigación que parta de hipótesis delictivas integrales.

A. Definición de violencia sexual

15. *Definición.* Por violencia sexual se entiende todo acto que atente contra la libertad, la integridad y la formación sexuales de una persona mediante el uso de la violencia física, psíquica o moral con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad⁶. La violencia sexual constituye una forma de violencia que involucra diferentes tipos de ataques de naturaleza sexual, que son perpetrados en contra de mujeres, hombres y NNA, que genera repercusiones tanto para las víctimas como para los testigos y puede causar efectos desestabilizadores profundos en comunidades y poblaciones en su conjunto⁷.
16. *Afectación de derechos fundamentales.* La violencia sexual constituye un acto de agresión y una grave afectación a los derechos fundamentales de las personas, pues compromete la vida, la dignidad, la libertad, la integridad física y psicológica, y el libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Este tipo de conducta, afecta una multiplicidad de bienes jurídicos y puede perpetrarse en concurso con otras conductas punibles. Frente a esto, la FGN tiene la obligación de llevar a cabo la

⁶ Esta definición fue tomada de: Defensoría del Pueblo de Colombia, Profamilia y OIM (2007) *Módulo de la A a la Z en Derechos sexuales y reproductivos para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual*, Bogotá: USAID- OIM- FUPAD, pág. 66. Por su parte, en el Estatuto de Roma, el crimen de violencia sexual como crimen de lesa humanidad se define a partir de los siguientes elementos: “un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento”. Ver: “Elementos de los Crímenes. Aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer periodo de sesiones Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002”, en Valencia Villa (comp.) *Compilación de Derecho Penal Internacional. El Estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*, Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 112. [En línea] Recuperado el 20 de marzo de 2015 de: <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/NU%20Derecho%20Penal%201.pdf>.

⁷ Ministerio Británico de Relaciones Internacionales y de la Commonwealth (2014) *Protocolo internacional de documentación e investigación de violencia sexual en situaciones de conflicto armado: Estándares básicos de mejores prácticas para la documentación de la violencia sexual como crimen internacional*, Londres: Gobierno Británico, pág. 15.

investigación y judicialización efectiva y con ello contribuir al restablecimiento de los derechos de las víctimas.

17. *Victimas de violencia sexual.* Al igual que otras formas de violencia, la sexual es una problemática que puede afectar a niñas, niños, mujeres y hombres⁸. Sin embargo, la violencia sexual afecta de forma diferencial a las mujeres, riesgo que se profundiza al intersectar su identidad de género con otras condiciones afectando particularmente a niñas y adolescentes, a las mujeres de pueblos étnicos, a mujeres líderes, cabezas de hogar y desplazadas y que ejercen sexualidades no normativas, particularmente en el conflicto armado⁹. Es una problemática tan extendida, que muchas veces para la sociedad tiende a naturalizarse, disuadiendo la posibilidad de denuncia y haciendo de éste un fenómeno invisibilizado.
18. *La violencia sexual como un acto de dominación.* La violencia sexual se ejerce a través de comportamientos y actitudes que buscan lesionar, degradar, humillar, ejercer presión o dominio sobre una persona. En este sentido, se vale del sometimiento de la víctima por la fuerza, el miedo o la intimidación para el control de su sexualidad.
19. *Conductas que se refieren a actos de violencia sexual.* La violencia sexual engloba un conjunto amplio de actuaciones y conductas, por lo que no se limita a la violación o acceso carnal sino que abarca “cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas (...) no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no impliquen la penetración ni siquiera el contacto físico”¹⁰. Otras manifestaciones de violencia sexual incluyen el acto sexual, el acoso sexual, el manoseo¹¹, la desnudez forzada¹², la esterilización forzada, el embarazo o aborto forzado, la anticoncepción forzada, la inducción y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la esclavitud sexual¹³, los matrimonios forzados¹⁴, la mutilación genital, la trata de personas, el contagio forzado de infecciones de transmisión sexual, entre otras. Estas conductas se encuentran tipificadas en el Código Penal Colombiano en sus títulos II y IV, tal como se explica en el Capítulo 4 de este protocolo.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-285 del 05 de junio de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Dicha precisión ha sido constatada por la Corte Constitucional en los Autos 251 de 2008, 092 de 2008, 009 de 2015, entre otros. Debido a este reconocimiento y con miras a garantizar la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres, se han acogido diferentes instrumentos jurídicos a tener en cuenta en el marco de la investigación penal de la violencia sexual, a saber la Ley 1257 de 2008, Ley 1448 de 2011, Ley 1719 de 2014, Ley 1761 de 2015, entre otras.

¹⁰ Tribunal Penal para Ruanda (TPIR), *Fiscal c. Akayesu*, Sentencia, Caso No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre 1998, párr. 688. Ver también: Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY), *Fiscal c. Kvočka*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-98-30/1-T, 2 de noviembre de 2001, párr. 180 (aceptando la definición del caso *Akayesu* e indicando que “la violencia sexual es más amplia que la violación e incluye crímenes tales como la esclavitud sexual y el acoso sexual”. Ver también: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosendo Cantú y otra contra México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 109; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros contra México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 119.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Caso J. contra Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 358-360.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 308.

¹³ Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL), *Fiscal c. Sesay y otros*, Sentencia de primera instancia, Caso No. SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009, párrs. 152-163. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párrs. 515-543.

¹⁴ SCSL, *Fiscal c. Brima y otros*, Sentencia de apelación, Caso No. SCSL-04-16-A, 22 de febrero de 2008, párr. 195.

20. *Contextos de la violencia sexual.* La violencia sexual puede ocurrir tanto en ámbitos de criminalidad cotidiana (familia, vecindario, escuela, entre otros), como de criminalidad organizada y del conflicto armado¹⁵, cada uno de los cuales requiere un análisis diferenciado y presenta retos diversos en materia de investigación. Existe una estrecha relación entre estos contextos puesto que las desigualdades de género y los desequilibrios de poder en las estructuras sociales por fuera del conflicto persisten y son exacerbados en el marco de éste¹⁶. Esto es conocido como el *continuum* de las violencias¹⁷.
21. *Efectos de la violencia sexual.* La violencia sexual se caracteriza por tener efectos múltiples y diversos¹⁸. Impacta la salud física, psicológica y emocional¹⁹. Los daños generados por dicha violencia pueden incluir las lesiones, la discapacidad, el riesgo de infección por el VIH u otras enfermedades y el riesgo de embarazos no deseados²⁰. Además, los hechos de violencia sexual pueden afectar los proyectos de vida de sus víctimas y su capacidad de relacionarse, generando consecuencias como, por ejemplo, el desplazamiento forzado y sus secuelas. Así, los daños generados por actos de violencia sexual no se limitan a la víctima que los padece, sino que pueden extenderse a su familia, grupo social o a su comunidad, sobretodo en casos en el marco del conflicto²¹. Dicha violencia puede debilitar los vínculos entre la víctima y su grupo social.

B. Perspectiva de género y de interseccionalidad

22. *Género.* Se refiere a las diferencias socialmente construidas sobre “funciones, comportamientos, actividades y atributos que la sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres”²². Las diferencias de género corresponden con los roles

¹⁵ La Corte Constitucional ha afirmado que la violencia sexual es “una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible” en el marco del conflicto colombiano, realizada por grupos armados ilegales enfrentados y por agentes de la Fuerza Pública. Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también Corte Constitucional. Auto 009 de 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Jack, Amani (2003). *Género y conflictos armados*. Londres: Bridge, págs. 6-23.

¹⁷ Ver: ONU (2012) Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, Rashida Manjoo. GE.12-13603 (EXT), párr. 15, pág. 5. Ver también: Moser, Caroline y Clark, Fiona (2001). “The Gendered Continuum of Violence and Conflict”, en *Victims, Perpetrators, or Actors? Gender, armed conflict and political violence*. London: Zed Books.

¹⁸ Ministerio de la Protección Social; Fondo de Población de Naciones Unidas (2011) *Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual*, Bogotá: UNFPA.

¹⁹ Fondo de Población de Naciones Unidas (2008). *Protocolo para el abordaje integral de las víctimas de violencia sexual desde el Sector Salud*. Bogotá: UNFPA, pág. 13. Ver también, Organización Mundial de la Salud (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. Washington, DC: OMS, pág. 7. [En línea] Recuperado el 8 de septiembre de 2015 de: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98821/1/WHO_RHR_12.37_spa.pdf.

²⁰ Fondo de Población de Naciones Unidas (2008). *Protocolo para el abordaje integral de las víctimas de violencia sexual desde el Sector Salud*. Bogotá: UNFPA, pág. 13.

²¹ En el Fallo de Reparación en el caso *Lubanga* con respecto a víctimas de violencia sexual, la Corte Penal Internacional indicó que: “...formula e implementa los laudos de reparación que son apropiados para las víctimas de violencia sexual y de género. La Corte debe reflejar el hecho de que las consecuencias de estos delitos son complicadas y operan en varios niveles; su impacto puede extenderse por un largo período de tiempo; afectan a mujeres y niñas, hombres y niños, junto con sus familias y comunidades; y necesitan de un abordaje especial, integrado y multidisciplinario”. Corte Penal Internacional (CPI), *Fiscal c. Lubanga*, Decisión que establece los principios y procedimientos a aplicar a las reparaciones, Caso No. ICC-01/04-01/06, 7 de agosto de 2012, párr. 207.

²² Organización Mundial de la Salud, “Género”, en *Temas de Salud*. [En línea] Recuperado el 9 de enero de 2016: <http://www.who.int/topics/gender/es/>.

que tradicionalmente se han asignado a hombres y mujeres en la sociedad y que se convierten en prejuicios sobre lo que se considera “normal”²³.

23. *Violencia basada en género.* Es aquella dirigida contra una persona en razón del género que él o ella tiene, así como de las expectativas sobre el rol que él o ella debería cumplir en un grupo social²⁴. La violencia sexual es una de las formas en las que la violencia de género se hace manifiesta.
24. *Interseccionalidad.* Se refiere al análisis de cómo confluyen múltiples categorías identitarias y/o condiciones diversas (sexo, género, raza, clase, orientación sexual, etnicidad, condición o situación de discapacidad²⁵, ruralidad, rol social y político, etc.) en una persona o comunidad, lo cual pone de relieve la forma en que la diversidad es asumida en una determinada sociedad y puede ser un factor explicativo de distintas formas de discriminación y exclusión social²⁶.
25. *Obligación de adoptar una perspectiva de género y de interseccionalidad en la investigación y ejercicio de la acción penal.* La investigación penal de las conductas constitutivas de violencia sexual tiene que ser realizada con una perspectiva de género y de interseccionalidad²⁷. La incorporación de estas perspectivas es parte del estándar de debida diligencia al que se encuentra obligado el Estado²⁸ e implica la adopción de “un conjunto de enfoques específicos y estratégicos así como procesos técnicos e

²³ Género no es sinónimo de ‘mujer’ y, de otra parte, tampoco se detiene en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, ya que por ello se entiende lo que es el ‘sexo’.

²⁴ ONU Mujeres. “Definición de la violencia contra las mujeres y niñas”. [En línea] Recuperado el 21 de octubre de 2015: <http://www.endvawnow.org/es/articles/295-definicion-de-la-violencia-contra-las-mujeres-y-ninas-.html>.

²⁵ A lo largo de este documento se hará referencia a “personas con discapacidad” asumiendo la terminología empleada por la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, donde se expone que: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Artículo 1, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ONU, 2006).

²⁶ El término ‘interseccionalidad’ fue acuñado por Kimberlé Williams Crenshaw en 1995 y desarrollado posteriormente por mujeres que se identifican en los estudios de género como feministas negras y sus estudios se ubican dentro de la corriente del feminismo negro. Kimberlé Crenshaw define la interseccionalidad como la expresión de un “sistema complejo de estructuras opresión que son múltiples y simultáneas (...) [y explica que] la subordinación interseccional es, a menudo, la consecuencia de un factor de discriminación que, al interactuar con otros mecanismos de opresión ya existentes crean, en conjunto, una nueva dimensión de desempoderamiento” Crenshaw, Kimberlé (1995) “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, en Crenshaw et al. (eds.), *Critical race theory*, New York: New Press, pág. 359. [En línea] Recuperado el 20 de marzo de 2015 de: www.wcsap.org/Events/Workshop07/mapping-margins.pdf. Por su parte, María Lugones, siguiendo a Crenshaw, señala que la interseccionalidad permite ver lo que es invisible cuando categorías como “género” y “raza” se conceptualizan separadas unas de otras. Lugones, María (2008). “Colonialidad y género”, en: *Tabula Rasa*, Julio-Diciembre, págs. 73-101.

²⁷ La Corte Constitucional reconoció que debía tenerse en cuenta las múltiples condiciones de las mujeres víctimas del conflicto armado para dar una respuesta ajustada a sus necesidades. Auto 009 de 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que “el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal (supra párrs. 287-291) tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (Campo Algodonero contra México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 293. Ver también el Artículo 7(b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém do Pará”, 1996 y el Artículo 10 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, 2013.

institucionales”²⁹ encaminados a materializar la igualdad y el principio de no discriminación entre todas las personas independientemente de su condición de género u otras formas identitarias. La implementación de una perspectiva de género e interseccionalidad es útil para cumplir con dicha obligación pues permite comprender los elementos en torno a los cuales se configuran las diferencias y que tienen implicaciones en la ocurrencia de determinados tipos de violencia y otras formas de discriminación. De esta manera, permite responder tres preguntas claves para la construcción de un caso de violencia sexual: (1) ¿Cómo el perpetrador ejerce una relación de dominación sobre la víctima?, (2) ¿Cómo la discriminación de ciertos grupos poblacionales hizo parte del móvil o plan criminal del perpetrador?, (3) ¿Cómo los prejuicios sobre las diferencias de género hicieron parte de la violencia ejercida por el perpetrador sobre la víctima?³⁰, y (4) ¿Cómo el delito impacta de forma diferencial a una determinada víctima?

26. *Violencia sexual y la perspectiva de género y de interseccionalidad.* La perspectiva de género es un lente, un enfoque que permite observar, analizar y examinar las representaciones identitarias y los factores de discriminación que se asocian, estructuran y reproducen en las sociedades e inciden en el impacto diferenciado de la violencia sexual en hombres y mujeres. La aplicación de esta perspectiva permite comprender que la violencia sexual en contra de las mujeres es una expresión de discriminación y el resultado de patrones socioculturales en torno a los cuales se conciben los cuerpos femeninos como particularmente sexualizados, y se sustenta una condición de inferioridad de las mujeres con respecto a los hombres posibilitándoles ser objeto de su uso y abuso³¹. La aplicación de esta misma perspectiva permite comprender que la violencia sexual perpetrada en contra de hombres está relacionada con un ejercicio de poder y humillación sobre su condición de masculinidad³², sustentada en imaginarios de virilidad, fuerza y control sobre sí y sobre otros. De acuerdo con los significados socialmente atribuidos al cuerpo femenino y masculino, hombres y mujeres son víctimas de manera diferente de las manifestaciones de violencia sexual, e incluso de otras formas de violencia sobre el cuerpo (torturas, tratos crueles y degradantes, etc.)³³. Así, en contextos de conflicto armado, los mecanismos a través de los cuales se abusa del cuerpo para humillar, castigar o someter están

²⁹ ONU Mujeres, “Incorporación de la perspectiva de género”. [En línea] Recuperado el 20 de marzo de 2015 de: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>.

³⁰ Céspedes, Lina (2011). “Visibilizar la violencia de género. sistematización de experiencia en género”, en Bernal Acevedo, Gloria Lucia (comp.) *Género y Derecho*; Bogotá: Agencia Alemana para la Cooperación- GIZ/ Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz- ProFis, pág. 21.

³¹ Sobre los patrones socioculturales que subyacen a la violencia sexual en contra de las mujeres ver: Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Comité CEDAW (1992), “Recomendación General N° 19. 11° periodo de sesiones”. ONU. [En línea] Recuperado el 15 de agosto de 2015 de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>. Ver también: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. (OEA documentos oficiales: OEA/Ser.L/V/II, Doc. 63), pág. 15, párr. 45. [En línea] Recuperado el 14 de julio de 2015 de: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>.

³² Russell, Wynne (2007) “Violencia sexual contra hombres y niños”, en *Revista Migraciones Forzadas. Violencia sexual: arma de guerra, obstáculo para la paz*, n° 27. págs. 22-23. España: Centro de Estudios sobre refugiados/ UNFPA/ Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz. Universidad de Alicante. [En línea] Recuperado el 20 de abril de 2015 de: <http://www.fmreview.org/es/pdf/RMF27/22-23.pdf>.

³³ Ver Arias Valencia, S. (2006) *Porque el conflicto golpea... pero golpea distinto. Herramientas para la apropiación de los indicadores de género del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo para el monitoreo del conflicto armado*, Colombia: Defensoría del Pueblo- UNIFEM-AECID, pág. 60.

diferenciados por género. De forma complementaria, la perspectiva de interseccionalidad permite reconocer cómo la confluencia entre el género y las categorías como la edad³⁴, orientación sexual, la pobreza, la raza, la etnicidad o el rol social devela otros patrones de discriminación, profundiza el riesgo de la violencia sexual y pueden explicar, aunque en ningún caso justificar, la acción del o los perpetradores³⁵. Por esto, en la construcción de un caso de violencia sexual, el (la) fiscal y su equipo deben tener en cuenta una perspectiva de género y de interseccionalidad que les permita comprender cómo los mismos tipos de delitos pueden afectar de forma diferencial a las víctimas, emplear estrategias para priorizar e investigar más adecuadamente la violencia sexual, y tipificar las conductas criminales de forma apropiada.

27. *Violencia sexual, identidad y expresión de género y orientación sexual.* La violencia sexual repercute sobre adscripciones identitarias diversas asociadas al género, la sexualidad y sus expresiones, como aquellas de personas LGBTI³⁶. Por esto, en las investigaciones por violencia sexual es importante analizar la interseccionalidad entre la identidad género³⁷, la expresión de género³⁸ y la orientación sexual³⁹. Por ejemplo, lesbianas, hombres gay y trans pueden ser víctimas de las denominadas “violaciones correctivas”⁴⁰ en el marco del conflicto armado por no adecuarse a los principios

³⁴ La preocupación sobre este fenómeno ha sido advertida por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al señalar, en la Resolución 1820 del 19 de junio de 2008 que: “las mujeres y las niñas son especialmente objeto de actos de violencia sexual, incluso como táctica de guerra destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico, y que la violencia sexual utilizada de esta manera puede en algunos casos persistir después de la cesación de las hostilidades”. También, el 24 de junio de 2013 el Consejo de Seguridad de la ONU expidió la Resolución 2106 en la que reconoce la “Declaración sobre la Prevención de la Violencia Sexual en los Conflictos aprobada por los ministros de relaciones exteriores del G-8 en Londres el 11 de abril de 2013”, y observa igualmente que la violencia sexual sucede en contexto de conflicto y posterior a él, afectando a mujeres y niñas.

³⁵ Ver: “Factores Subjetivos que potencian el riesgo de violencia sexual en contextos de conflicto armado: Enfoques Subdiferenciales Etario, Étnico y de Condición de Discapacidad” en Corte Constitucional. Auto 009 de 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, pág. 19.

³⁶ Por LGBTI debe entenderse: lesbianas, gays, bisexuales, transex e intersex. La FGN, siguiendo el estándar internacional planteado por los principios de Yogyakarta, atiende a las diferentes y múltiples categorizaciones que existen sobre las identidades de las denominadas personas LGBTI. La FGN, usa esta terminología y reconoce la auto-identificación de cada persona como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad; en consecuencia, es posible que personas objeto de la atención de la FGN, no se nominen a sí mismas dentro de las identidades LGBTI aunque sean percibidas como tales por otras personas y sean víctimas de violencias que obedecen a las mismas dinámicas que viven las denominadas personas LGBTI. Para más información sobre este tema ver: CIDH “Algunas precisiones y términos relevantes” en Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI [En línea] Recuperado el 20 de julio de 2015 de: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>.

³⁷ “La identidad de género es la vivencia interna e individual del género (...), la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, pág. 8.

³⁸ “La expresión de género es visible y puede ser una fuente de identificación, especialmente cuando, como resultado de características como la forma de vestir, los gestos y las modificaciones del cuerpo, transforma las expectativas tradicionales de género”. Comisión Internacional de Juristas (2009) *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para Profesional No. 4*, pág. 135.

³⁹ “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007, pág. 8.

⁴⁰ Dichas agresiones funcionan bajo el imaginario según el cual al exponer a la víctima a violencia sexual, ésta podrá “corregir” su orientación sexual o identidad de género, e identificarse nuevamente como heterosexual-cisgénero. Las violaciones correctivas pueden ser usadas también como formas de castigo o represalia.

normativos dominantes de la orientación sexual e identidad de género. Este tipo de análisis le permite al fiscal y al investigador del caso plantear hipótesis sobre los móviles del o de los perpetradores y de cómo los hechos probados pueden tener un fin estratégico de control social dentro de un plan criminal.

28. *Perspectiva de género y de interseccionalidad y violencia sexual en el marco del conflicto armado.* La importancia de la perspectiva de género y de interseccionalidad es particularmente pronunciada en relación a la violencia sexual en el marco del conflicto armado. En muchas ocasiones, los actores armados utilizan este tipo de violencia para ejercer control social o territorial. Dado que las construcciones de género forman parte del tejido social de toda comunidad, en la medida que los actores armados atacan estas construcciones usando la violencia sexual entre otros repertorios de violencia, también impactan la cohesión social. En Colombia, el accionar de los grupos armados ha impactado diferencialmente a comunidades con características culturales, sociales y políticas específicas. En la medida que entendemos esto, podemos comprender el uso estratégico de la violencia sexual y, así, imputarla de manera correcta.

C. Enfoque diferencial

29. *Definición.* El enfoque diferencial es un conjunto de medidas, facilidades y apoyos⁴¹ que constituyen acciones de discriminación afirmativa sustentadas en la perspectiva de género y de interseccionalidad. En el marco misional de la FGN, dichas medidas están dirigidas a superar las barreras en el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual.
30. *Enfoque diferencial y perspectiva de género y de interseccionalidad.* Las perspectivas de género y de interseccionalidad permiten comprender las barreras de acceso a la justicia que enfrentan las víctimas según sus condiciones en razón de: su edad (niños, niñas, adolescentes y adultos mayores), género, orientación sexual, adscripción étnica (indígena, afrodescendiente y pueblo Rrom), condición de discapacidad (física, mental, intelectual o sensorial), por el desempeño de roles específicos (defensores de derechos humanos, sindicalistas, periodistas, etc.) y la vivencia de contextos sociales, situaciones de discriminación y experiencias particulares (situación pobreza, condición de desplazamiento, racismo, entre otras)⁴². A partir de esta comprensión, los funcionarios, pueden adoptar un enfoque diferencial, generando estrategias, medidas operativas y ajustes razonables que permitan superar prejuicios que afectan la atención, así como generar condiciones que garanticen la participación efectiva de las víctimas en la investigación y judicialización de la violencia sexual. Al responder al criterio de interseccionalidad, el enfoque diferencial resulta dinámico e insta a la

⁴¹ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

⁴² La Corte Constitucional ha precisado que para un acceso igualitario a la justicia, se debe reconocer que existen poblaciones con características particulares y condiciones especiales, así como la coincidencia de diversos factores de discriminación en una misma persona. De allí que el Estado deba ofrecer garantías especiales, con el propósito de responder a las particularidades y al grado de vulnerabilidad de cada uno de los grupos poblacionales. Corte Constitucional. Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Corte Constitucional. Sentencia C-438 del 10 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos, entre otras.

adopción de medidas complementarias para atender a víctimas⁴³ con condiciones particulares y necesidades diferentes. El enfoque diferencial no sólo debe aplicarse en la denuncia o primer momento de contacto entre la víctima y la FGN, sino que además debe implementarse de forma transversal durante todas las etapas del proceso penal.

31. *Enfoque centrado en la víctima:* Todos los lineamientos que se desarrollan en este protocolo como parte de la investigación y judicialización de la violencia sexual adoptan un enfoque centrado en la víctima⁴⁴. Esto quiere decir que priorizan la seguridad, privacidad y bienestar de las víctimas⁴⁵, verificando los riesgos o condiciones de especial vulnerabilidad y necesidades diferenciales que pueda tener para garantizar su participación efectiva en la investigación y en el juicio. Para fiscales y funcionarios de Policía Judicial, la implementación de este tipo de aproximación implica: i) comprender los impactos, reacciones y necesidades diferenciales que pueden tener las víctimas de violencia sexual ante hechos traumáticos; ii) adecuar su proceder para actuar con sensibilidad y profesionalismo hacia las víctimas así como con respeto de su diversidad y condiciones identitarias⁴⁶; iii) evitar su revictimización haciendo un uso eficiente de la información recolectada y procurando que sean mínimas las veces que las víctimas deban volver a recordar y relatar lo ocurrido; iv) mantener a las víctimas informadas acerca de los diferentes aspectos del proceso penal que requieren de su participación o afectan su caso, a fin de que puedan tomar decisiones libres e informadas; y v) conocer las distintas instancias y rutas de atención integral para víctimas⁴⁷ a tener en cuenta para realizar las remisiones pertinentes de forma oportuna de acuerdo a sus necesidades particulares.

D. Mitos acerca de la violencia sexual

32. *Barreras en el acceso a la justicia.* Aunque la normatividad ha avanzado en garantizar la igualdad en el acceso a la justicia de diversas poblaciones, las condiciones para que dicho acceso sea efectivo aun no son óptimas. Las barreras en el acceso a la justicia que enfrentan cada una de las poblaciones destacadas son distintas, aunque algunas son recurrentes. Respecto a la investigación de la violencia sexual, dichas barreras incluyen factores lingüísticos, territoriales y culturales, siendo una de las más preocupantes la generada por los prejuicios que tienen algunos funcionarios judiciales sobre ciertas poblaciones. Estos prejuicios redundan, por ejemplo, en concepciones erradas sobre este tipo de delitos así como en prejuicios morales, religiosos u otros que

⁴³ Veloza, E; Torres, N; Pardo, F; Londoño, A; Hurtado, M; Gómez, C; Girón, A; Villarreal, C; Pineda, N. (2011). *Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social-UNFPA.

⁴⁴ Tal como señala en uno de sus informes el Secretario General de Naciones Unidas, en la judicialización de crímenes de violencia sexual “es vital que se aplique un enfoque centrado en las víctimas”. Secretario General al Consejo de Seguridad de ONU. *Informe sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos* (S/2013/149), 12 de marzo de 2013, párr. 116 [En línea] Recuperado el 20 de abril de 2015 de: <http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/documentos-de-interes/informes/>. Ver también: TPIR (2014) “Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda”, pág. 47, párr. 50. Además puede consultar: Gopalan, Kravetz y Menon (2016), “Proving Crimes of Sexual Violence”, en: Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press.

⁴⁵ “Victim-Centered Approach”, en *DNA Protocol*. Washington: The National Center for Victims of Crime. [En línea] Recuperado el 10 de mayo de 2015 de: <https://www.victimsofcrime.org/docs/dna-protocol/baltimore-victim-center-approach.pdf?sfvrsn=0>.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Ver la sección “B. Atención integral a víctimas de violencia sexual” del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 115 y ss.

emergen como una continuidad de los contextos sociales en los que tanto funcionarios como víctimas están insertos⁴⁸. Estos prejuicios impiden que algunos operadores de justicia aprecien la gravedad de este tipo de delitos⁴⁹ y que dediquen el tiempo y recursos necesarios para investigarlos de manera adecuada. Así, uno de los principales retos que enfrenta la FGN en su trabajo es superar los falsos mitos que existen en relación a la violencia sexual y para ello es preciso identificarlos:

Mito 1: Las víctimas de violencia sexual no hablan sobre sus experiencias. Esto es falso.

33. *Descripción.* Este prejuicio se fundamenta en la percepción errada de que inevitablemente las víctimas de violencia sexual, de forma generalizada, no hablarán sobre sus experiencias. Como corolario de este prejuicio, se piensa que investigar delitos de violencia sexual es más difícil que investigar otros delitos.
34. *Las víctimas enfrentan obstáculos reales para acceder a la justicia*⁵⁰. Si bien las barreras que las víctimas pueden tener para realizar una denuncia son reales e inciden ciertamente en el subregistro de los hechos de violencia sexual y en su efectivo acceso a la justicia, es tarea de la FGN contribuir para que estos obstáculos puedan ser superados y esta labor comienza por reconocer que los mismos pueden estar relacionados con⁵¹:
- Situaciones devenidas de los escenarios de violencia en los que algunas víctimas pueden estar involucradas y que se profundizan en el marco del conflicto armado generándoles riesgo y temor.
 - La existencia de efectos socio-culturales asociados a la vergüenza, el aislamiento o la estigmatización de las víctimas de violencia sexual, hace que éstas, sus familias o comunidades se abstengan de denunciar queriendo proteger lo que perciben como “honor” personal o familiar⁵².
 - Las condiciones geográficas, socio-económicas y de débil capacidad institucional, que dificultan a las víctimas el traslado y el acceso físico a las instancias competentes para recibir denuncias, prestar asistencia e investigar, especialmente en contextos de ruralidad y de pertenencia a grupos étnicos.

⁴⁸ Para revisar alguno de los “prejuicios” alrededor de la investigación de la violencia sexual, ver la sección “Mitos acerca de la violencia sexual” en este capítulo, párrs. 34 y ss.

⁴⁹ Así mismo, la naturalización y normalización social de los hechos de violencia sexual en contra de mujeres están frecuentemente fundadas en prejuicios de género, y resultan en el sub-registro de estos hechos pues no son puestos en conocimiento de las autoridades. Esta es una de las razones que fundamenta el deber de debida diligencia por parte de la FGN.

⁵⁰ Ver “Retos en la investigación y judicialización de la violencia sexual” en la Introducción de este protocolo, párr. 5, pág. 5.

⁵¹ Estos y otros “Obstáculos para la denuncia de los delitos sexuales en el marco del conflicto armado”, ligados a factores personales, familiares, sociales y del sistema judicial son sintetizados en Unidad de Atención Integral a Víctimas (2010) “Protocolo de orientación psico-jurídica a mujeres, niños y niñas víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado”. Bogotá: Defensoría del Pueblo, págs. 29-34. [En línea] Recuperado el 12 de abril de 2016 de: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/protocoloVS.pdf>

⁵² Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

- La falta de acceso a la información que hace que algunas víctimas desconozcan sus derechos, las rutas de atención y acceso a la justicia, y las autoridades competentes con presencia en la región para recibir denuncias e investigar los hechos.
- La inobservancia por parte de algunos funcionarios de los estándares de atención a víctimas desde un enfoque psico-social, una perspectiva género sensible y diferencial, puede contribuir a la generación de escenarios de revictimización y a la falta de confianza de las víctimas en las instituciones del Estado, socavando el interés en denunciar y participar en el proceso.

35. *Es posible propiciar el relato de las víctimas de violencia sexual.* Cada víctima brinda un sentido distinto a la remembranza y el relato de lo ocurrido y sus impactos. Esto, para muchas, sobre todo ante una autoridad, puede constituir una experiencia de dignificación y reconocimiento de sus afecciones⁵³. Algunas víctimas pueden necesitar hablar sobre lo que les ha ocurrido para reivindicarse como sujeto de derecho. Otras buscan contar sus experiencias para que otras personas no sufran lo mismo que ellas. Relatar los hechos puede ser importante para rehacer su proyecto de vida⁵⁴, dotar de sentido, organizar y reparar su propia experiencia⁵⁵. Por su parte, si bien algunas víctimas pueden preferir en un primer momento no relatar sus experiencias a causa de distintos factores y barreras, esto no es una situación irremediable, los funcionarios pueden brindarle información acerca de sus derechos, promover condiciones de confianza, respeto y dignidad, y hacer adecuaciones para facilitar la denuncia y la participación de la víctima en el proceso penal⁵⁶. En todo caso, si la víctima decide no relatar lo ocurrido debe respetarse su decisión e indagar sobre otros medios de prueba.
36. *Pautas de acción recomendadas para funcionarios judiciales.* Implementar un enfoque centrado en la víctima contribuye a empoderarla y promover su denuncia⁵⁷. Para ello, el funcionario debe evaluar las necesidades de las víctimas al momento de la recepción de la denuncia y adaptar su actuar a dichas necesidades, utilizando las herramientas más adecuadas, evitando actitudes incriminatorias, y acciones, expresiones o gestos que manifiesten prejuicios sobre las condiciones que la caracterizan.

Mito 2: Las víctimas de violencia sexual son responsables de su victimización. Esto es falso

37. *Descripción.* Este prejuicio se fundamenta en la idea de que las elecciones, formas de actuar o actividades realizadas por la propia víctima resultan en hechos de violencia sexual, haciéndolas culpables de lo ocurrido y minimizando la responsabilidad del

⁵³ Ver: Mischkowski, Gabriela y Mlinarević, Gorana (2009) *The Trouble with Rape Trials. Views of witnesses, prosecutors and judges on prosecuting sexualised violence during the war in the Former Yugoslavia*. Köln: Medica Mondiale, págs. 52-59. Ver también: Gopalan, Kravetz y Menon (2016) "Proving Crimes of Sexual Violence", en Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press.

⁵⁴ Parrado, Stefannia (2014) "Cuerpos Dolientes: Sobre la reparación en mujeres indígenas víctimas de violencia sexual", en: *Ciudad Paz-ando*, vol. 7, n° 1, pág. 37. Bogotá: Universidad Distrital. [En línea] recuperado el 10 de abril de 2015: <http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/cpaz/article/viewFile/5659/9320>.

⁵⁵ Jackson, M. (1998). *Minima Ethnographica. Intersubjectivity and the anthropological project*. Chicago & Londres: The University of Chicago Press.

⁵⁶ Ver Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 73 y ss.

⁵⁷ Ver en este protocolo la sección "Fuente de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima" del Capítulo 2, párrs. 83 y ss. y la sección "Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 1: La Entrevista" del Capítulo 3, párrs. 153 y ss.

perpetrador. Por ejemplo, se asocia el uso de drogas, el exceso en el consumo de alcohol, la forma de vestirse o de relacionarse con otros, el tránsito por ciertos lugares, o las actividades de prostitución, entre otras conductas, como riesgos asumidos por las víctimas que habilitan la violencia sexual en su contra⁵⁸. También se asume que las víctimas de violencia sexual que no se resisten violentamente han dado su consentimiento y comparten la responsabilidad de lo ocurrido. Esto es falso.

38. *La responsabilidad de la violencia sexual recae en los perpetradores.* Nadie “busca” ser víctima de violencia sexual. Ninguna elección, forma de actuar o actividad justifica la comisión de un delito de violencia sexual. Este prejuicio hace que se responsabilice a las víctimas, y no al perpetrador, por dicho delito. Los perpetradores de actos de violencia sexual son los únicos responsables de su conducta.
39. *Pautas de acción recomendadas para funcionarios judiciales.* Cuando una víctima revela que sufrió un hecho de violencia sexual, es esencial abstenerse de juzgarla o culpabilizarla y tomar dicha información en serio. Además, el funcionario debe analizar las circunstancias en que ocurrieron los hechos sin prejuicios ni actitudes discriminatorias hacia la víctima⁵⁹ y evitar hacer juicios de valor sobre el contexto que rodeó la comisión del delito (por ejemplo cuando los hechos suceden en un sitio nocturno o en un motel). Es de suma importancia ayudar a las víctimas de violencia sexual a entender que no son responsables de lo que les ha ocurrido⁶⁰. En sus interacciones con las víctimas, el funcionario judicial debe abstenerse de hacer manifestaciones o comentarios que minimicen la gravedad de lo ocurrido o la afectación emocional de la víctima, dado que esto descalifica su relato.

Mito 3: Las víctimas mienten al denunciar los hechos de violencia sexual. Esto es falso.

40. *Descripción.* Este prejuicio se fundamenta en la presunción de que las mujeres inventan la ocurrencia de hechos de violencia sexual usando la denuncia y sus efectos penales como mecanismos de venganza o retaliación en contra de los hombres, y que por su parte los niños/as mienten acerca de la ocurrencia de hechos de violencia sexual por imaginarlos, por capricho o por obedecer intereses de algún adulto. Esto en la mayoría de los casos es falso.
41. *La mayor parte de las denuncias de violencia sexual son ciertas y por el contrario existe un subregistro importante de este tipo de violencia.* Reconocerse como víctima de violencia sexual puede tener distintas implicaciones en la vida de una persona, en su familia y en su comunidad en razón de los roles de género asignados socialmente que, se cree, son afectados por este tipo de delitos. De allí que los casos de falsas denuncias de violencia sexual sean mucho menos frecuentes que la ausencia de

⁵⁸ Ver: Oregon Attorney General's Sexual Assault Task Force (2009) *SART Handbook*. Version III, Oregon: Office on Violence against Women, U.S. Department of Justice, pág. 6.

⁵⁹ Ver la sección “Fuente de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima” del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 83 y ss.

⁶⁰ El relatar una experiencia de violencia sexual puede servir para demostrar, como lo explicó una víctima, “que la violación no es tu vergüenza sino la del propio perpetrador”. Mischkowski, Gabriela y Mlinarević, Gorana (2009) *The Trouble with Rape Trials. Views of witnesses, prosecutors and judges on prosecuting sexualised violence during the war in the Former Yugoslavia*. Köln: Medica Mondiale, pág. 55.

denuncia cuando sí ocurren agresiones sexuales⁶¹.

42. *La determinación de la ocurrencia de los hechos es el objetivo primordial de la investigación penal.* Por esto, las dudas acerca de la credibilidad de la víctima no deben justificar sesgos en la recepción de la denuncia de los hechos de violencia sexual. Los funcionarios deben promover condiciones favorables para disminuir el subregistro de la violencia sexual y atender adecuadamente a las(los) denunciante(s).

Mito 4: Los delitos de violencia sexual no son tan graves como otros delitos. Esto es falso.

43. *Descripción.* Este prejuicio se fundamenta en la percepción de que los delitos de violencia sexual no tienen la misma gravedad que aquellos que atentan contra otros bienes jurídicos. Se los considera conductas que atentan contra la honra de las víctimas y no delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales⁶². Este prejuicio lleva a pensar que la investigación de la violencia sexual es menos prioritaria que la de otros delitos. Esto es falso.
44. *La violencia sexual en concurso con otros delitos.* Este prejuicio tiene como consecuencia que no se tome en cuenta que la violencia sexual pudo haber precedido o ser un hecho concomitante con otros delitos que se investigan. Por ejemplo, la violencia sexual que precedió un homicidio puede no ser investigada por no ser considerada de la misma gravedad que el delito que acabó con la vida de la víctima. Así mismo, en casos de masacres en los cuales se registran varios repertorios de violencia, algunos fiscales e investigadores se concentran en los homicidios y desapariciones forzadas, y no en los hechos de violencia sexual, aun teniendo indicios de que este tipo de delitos pudo ocurrir.
45. *La violencia sexual intrafamiliar como conducta del ámbito privado.* Un corolario de este prejuicio es que se considera que la violencia sexual ocurrida dentro del ámbito familiar no es un delito, sino una conducta del ámbito privado que no amerita investigación penal. Esto es falso.
46. *Gravedad de los delitos de violencia sexual.* Los delitos de violencia sexual son tan graves y su investigación es tan importante como la de cualquier otro delito. Este tipo de crímenes son profundamente violentos y atentan contra importantes bienes jurídicos como son la integridad personal, la libertad y la formación sexual. No constituyen un atentado al pudor o la honra de las personas⁶³. Sus consecuencias trascienden el ámbito

⁶¹ Office of the Attorney General, Governor's Commission on domestic and sexual violence (2012) *A Model Protocol for Response to Adult Sexual Assault Cases*. New Hampshire: U.S. Department of Justice, Office on Violence against Women, pág. 17.

⁶² Ver: Francisco Jose Leandro (2013) "Gender Based Crimes as 'Tools of War' in Armed Conflict" en *Gender Violence in Armed Conflicts*, n° 11, Lisboa: Instituto de Defesa Nacional, pág. 150. [En línea] Recuperado el 02 de agosto de: http://www.ces.ucp.pt/myces/UserFiles/livros/1097_idncaderno_11.pdf. En relación a éste y otros prejuicios que impactan la investigación y judicialización de delitos de violencia sexual, ver: Jarvis y Vigneswaran (2016) "Challenges to Successful Outcomes in Sexual Violence Cases", en Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press.

⁶³ En este sentido, la Corte Constitucional, en relación con los bienes jurídicos protegidos con la tipificación de conductas de violencia sexual, afirmó que "el tránsito hacia la consagración de la libertad sexual como bien jurídico tutelado —y no la honra como anteriormente ocurría— parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad y de la imposibilidad de imponer una concepción específica de la moral y la sexualidad". Corte Constitucional, Sentencia T-843 del 8 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de lo privado y permean los ámbitos relacionales y de participación de las víctimas, y en muchos casos se insertan en dinámicas estructurales de violencia y discriminación.

47. *Pautas de acción recomendadas para funcionarios judiciales.* Las direcciones seccionales deben priorizar la investigación y judicialización de los delitos de violencia sexual asignando los recursos adecuados para mejorar las tasas de esclarecimiento de estos hechos. Además los funcionarios judiciales deben considerar todas las formas de violencia de las que fue objeto la víctima y examinar la pertinencia de investigar las conductas de manera conjunta. Así mismo, deben examinar si existen delitos de violencia sexual asociados o conexos a las otras conductas que investiga (sobre todo al tratarse de desplazamiento forzado, secuestro, masacres, homicidios, feminicidios⁶⁴, el reclutamiento o uso ilícito de NNA o violencia intrafamiliar). Los hechos de violencia sexual, independientemente de su escenario de ocurrencia, constituyen delitos y deben ser investigados.

Mito 5: La violencia sexual sólo afecta a las mujeres y es cometida únicamente por hombres. Esto es falso.

48. *Descripción.* Este prejuicio está fuertemente arraigado en estereotipos de género dominantes y supone que los hombres no pueden ser víctimas de violencia sexual. Se piensa que ellos, en total control sobre sí mismos y sobre otros, podrían impedir su victimización a través de la fuerza. Se supone también que, si la víctima tiene una erección o eyacula durante el asalto, ha consentido y sentido placer con lo ocurrido, por lo que no se considera una agresión sexual. Por estos mismos atributos de género asociados a los hombres se cree que son únicamente ellos quienes, en su condición de poder y control, pueden cometer estos delitos. Esto es falso.
49. *Víctimas mujeres y hombres de violencia sexual.* Cualquier persona puede ser víctima de un delito de violencia sexual, independientemente de su género. El motivo de la violencia sexual no es primordialmente el placer o la satisfacción sexual, sino que tiene que ver con poder, control, dominación y humillación⁶⁵.
50. *Hombres como víctimas de violencia sexual.* Es particularmente difícil para los niños y los hombres revelar que fueron víctimas de violencia sexual. Nuestra sociedad nos condiciona a creer que los hombres deben estar siempre "en control" de sus emociones, de otras personas y de su entorno⁶⁶. Se les enseña a definirse a sí mismos como

⁶⁴ Respecto de los vínculos entre la violencia sexual y el feminicidio, ver: "Los signos e indicios de feminicidio sexual", en Bernal, C; Lorente, M; Françoise, R. y Zambrano, M (2015) *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Panamá: OACNUDH/ ONU Mujeres, págs. 80-87. [En línea]: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/ProtocoloLatinoamericanoDeInvestigacion.pdf> págs. 80-87).

⁶⁵ Wildwood, Dez. (1995) "Sexual abuse of men and boys" en *Revista XY: men, sex, politics*. Australia. Laura E. Asturias (trad.) "Abuso sexual de hombres y niños" en *Europrofem*. [En línea] Recuperado el 6 de agosto de 2015 de: http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/es-sex/01es_sex.htm.

⁶⁶ Idem. Ver también: Kaufman, Michael (1995) "Los hombres, el feminismo y las experiencias contradictorias del poder entre los hombres" en Luz G. Arango, Magdalena León, Mara Viveros (comp.), *Género e identidad. Ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. Bogotá: Tercer Mundo, págs. 123-146. [En línea] Recuperado el 02 de agosto de 2015 de: <http://www.michaelkaufman.com/wp-content/uploads/2008/12/los-hombres-el-feminismo-y-las-experiences-contradictorias-del-poder-entre-los-hombres.pdf>.

hombres según el grado de control que puedan alcanzar⁶⁷. Estos estereotipos de género se convierten en un obstáculo para las propias víctimas pues generan sentimientos de culpa o vergüenza en ellas al no cumplir con las expectativas sociales de masculinidad⁶⁸. Si un hombre revela que fue abusado sexualmente, a menudo se le cuestiona su "hombres" y orientación sexual. Esto constituye una grave dificultad para el acceso a la justicia y la reparación. En específico, la victimización de hombres y niños a través del uso de la violencia sexual en el marco de conflictos armados es un fenómeno de amplio alcance, escasamente documentado y en consecuencia poco reconocido y atendido⁶⁹.

51. *Mujeres como perpetradoras de violencia sexual.* Algunas mujeres pueden perpetrar directamente de este tipo de delitos a través del uso tanto de la violencia física como de la intimidación y la amenaza, valiéndose por ejemplo de su posición de autoridad sobre la víctima (madres, tías, profesoras, terapeutas, jefas, etc.)⁷⁰. Así mismo, algunas mujeres pueden incurrir en modos de autoría o participación diferentes a la ejecución directa, al ser autoras mediatas, determinadoras o cómplices de la violencia sexual. También en conductas referidas a la inducción a la prostitución o el proxenetismo pueden haber mujeres involucradas. Por estas y otras razones, la violencia sexual presuntamente perpetrada por mujeres también debe ser investigada.
52. *Pautas de acción recomendadas para funcionarios judiciales.* La violencia sexual es una experiencia traumática y devastadora para todas las víctimas, independientemente de su género, por lo que todas tienen derecho a los mismos servicios jurídicos, médicos, psicológicos y de protección. De allí que los funcionarios judiciales deban tomar en cuenta el impacto que los roles e identidades de género tienen sobre la disposición de la víctima a hablar sobre su victimización y adoptar estrategias que faciliten la denuncia⁷¹. Los funcionarios deben evitar manifestaciones de burla u opiniones que devaloren prejuicios al realizar actos de investigación sobre hechos de violencia sexual en contra de hombres. Además, deben plantearse hipótesis investigativas en las que contemplen la posible participación de mujeres en la ejecución de este tipo de delitos, cuando sea pertinente.

⁶⁷ Wildwood, Dez (1995) "Sexual abuse of men and boys" en *Revista XY: men, sex, politics*. Australia. Laura E. Asturias (trad.) "Abuso sexual de hombres y niños" en *Europrofem*. [En línea] Recuperado el 6 de agosto de 2015 de: http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/es-sex/01es_sex.htm.

⁶⁸ Por ejemplo, las víctimas masculinas pueden enfrentar dificultades de hablar sobre sus experiencias porque las percepciones de masculinidad dentro de sus comunidades pueden ser incompatibles con su victimización sexual. Ver: Sivakumaran, Sandesh (2007) "Sexual violence against men in armed conflict" en *European Journal of International Law*, vol. 18, n°2, pág. 255. Consultar también: Oosterveld, Valerie (2014) "Sexual Violence Directed Against Men and Boys in Armed Conflict or Mass Atrocity: Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals" en *Journal of International Law and International Relations*, n° 10, págs. 107-119.

⁶⁹ Russell, Wynne. (2007) "Violencia sexual contra hombres y niños", en: *Revista Migraciones Forzadas*, n°27. España: Centro de Estudios sobre Refugiados/ Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz de la Universidad de Alicante / Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), págs. 22-23. Ver también Sivakumaran, Sandesh (2007) "Sexual violence against men in armed conflict" en *European Journal of International Law*, vol. 18, n°2, pág. 253.

⁷⁰ Office of the Attorney General, Governor's Commission on domestic and sexual violence (2012) *A Model Protocol for Response to Adult Sexual Assault Cases*. New Hampshire: U.S. Department of Justice, Office on Violence against Women, pág. 32.

⁷¹ Ver en este protocolo, la sección "C. Enfoque Diferencial" del Capítulo 1 párrs. 31 y ss. y la sección "Fuentes formales de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima", del Capítulo 2, párrs. 83 y ss.

Mito 6: Las víctimas con discapacidad mental o intelectual no son capaces de reconocer la ocurrencia de violencia sexual ni de denunciar estos hechos por sí mismas. Esto es falso.

53. *Descripción.* Este mito se fundamenta en el prejuicio de que las personas con discapacidad mental e intelectual son incapaces de reconocer hechos de violencia sexual y de ejercer sus derechos de forma plena y autónoma. Esto es falso.
54. *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental o intelectual*⁷². Las personas con discapacidad mental o intelectual tienen la posibilidad de realizar una denuncia por sí mismas y participar en procesos de investigación penal siempre que se les brinde la atención adecuada. De allí, que las dudas acerca de la capacidad de la víctima no deben justificar sesgos en la recepción de la denuncia de los hechos de violencia sexual o tachar su validez jurídica. Por el contrario, los funcionarios encargados deben tener en consideración la situación de vulnerabilidad⁷³ y aplicar los estándares internacionales y nacionales de acuerdo a su condición de sujetos de especial protección constitucional⁷⁴.
55. *Ajustes razonables*⁷⁵. La FGN debe procurar hacer los ajustes necesarios para que las personas con discapacidad puedan denunciar hechos de violencia sexual y acceder a las rutas de asistencia y protección en igualdad de condiciones⁷⁶. La obligación de hacer los ajustes necesarios corresponde a los directores nacionales y seccionales de la entidad así como a los funcionarios encargados de la atención de denuncias en los ámbitos de su competencia.

⁷² De acuerdo a los postulados de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), ratificada por Colombia en 2009, los Estados deben garantizar el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica y al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Para esto los Estados deben proporcionar el apoyo necesario y propender para que estas personas cuenten con un sistema de apoyos y ajustes razonables para el acceso a la justicia, así como proporcionar salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con los derechos humanos.

⁷³ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la protección reforzada requerida para víctimas con discapacidad, señalando que: “En general, hay una ausencia total de la comprensión de su situación, es esta población la que recibe mayores actitudes negativas y prejuicios, la que se oculta con más frecuencia, la que enfrenta un alto riesgo de abuso sexual y otras formas de violencia y la que, desde todo punto de vista, sufre de mayor marginalidad, exclusión, y restricción en la participación” (Corte Constitucional. numeral III.8.1.1 del Auto 006 del 26 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza); “Especialmente, esta Sala de Seguimiento constata que son las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, las más vulnerables a sufrir violencia sexual, entre otras razones, debido a la limitada posibilidad de denunciar estos hechos, como consecuencia de la poca credibilidad que las autoridades les brindan a sus testimonios, generando que, en conjunto con las múltiples barreras existentes y la falta de adecuaciones de los sistemas de denuncia, estos delitos sean comúnmente impunes” (Corte Constitucional. numeral 2.4 del Auto 173 del 6 de junio de 2014, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷⁴ Ver: *Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad* (2006), y Ley 1618 de 2013.

⁷⁵ “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Artículo 2, inciso 4 de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. (2006).

⁷⁶ Para conocer algunos de ajustes pertinentes en estos casos ver: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2016) *Guía de atención a las personas con discapacidad en el acceso a la justicia*, Bogotá: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - Min. Justicia - Min. Salud - INMLCF- Defensoría del Pueblo- ICBF- INCI, pág. 46-48. [En línea] Recuperado el 15 de febrero de 2016 de:

<http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/guiaatenciondiscapacidad.pdf>

E. Análisis de contexto de la violencia sexual

56. *Descripción.* La investigación y judicialización de la violencia sexual requiere que fiscales e investigadores tengan una aproximación analítica a su trabajo. La contextualización de la violencia sexual permite relacionar los hechos investigados con otros del mismo tipo y con otros repertorios de violencia. Así, la contextualización de los hechos de violencia sexual no sólo es útil para la asociación de casos que podría proceder cuando el perpetrador es recurrente o cuando los hechos se relacionan con otros repertorios de violencia en el conflicto armado, sino que también ayuda a explicar el hecho, así sea aislado, dentro de patrones de discriminación y a partir de los arreglos de género de determinada comunidad. Esto, a su vez, redundará en el planteamiento de hipótesis sobre la adecuación típica de los hechos así como los móviles, formas de participación y planes criminales de los perpetradores.
57. *Contextualizar la violencia sexual en el marco del conflicto armado*⁷⁷. Entender las conexiones entre los hechos de violencia sexual y los otros repertorios de violencia en el marco del conflicto armado permite caracterizar adecuadamente las dinámicas y los patrones de ejecución de este tipo de crímenes. Además, la contextualización facilita la imputación de los hechos de violencia sexual a los máximos responsables de un grupo armado y a los demás autores y partícipes⁷⁸.
58. *Uso de otras disciplinas.* A partir de una aproximación analítica a la investigación de la violencia sexual, el operador judicial puede usar otras disciplinas para contextualizar los hechos. Puede incluir los saberes de distintas ciencias, tales como la sociología, la antropología, la psicología y la estadística, para comprender el delito e ilustrar la teoría del caso. Además de ayudar a plantear hipótesis sobre la ocurrencia de los hechos y los responsables, explorar otras disciplinas da pistas sobre posibles peritajes que ilustren al juez sobre las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, y otros patrones discriminatorios que puedan estar detrás de los hechos. Por ejemplo, un experto en análisis de violencia basada en género puede dar cuenta de cómo ciertas hechos presentes en el caso contienen elementos de discriminación u odio.
59. *Elementos para contextualizar la violencia sexual.* A manera de guía, los investigadores y fiscales pueden analizar los siguientes elementos:
- a. Los escenarios: Analizar los escenarios donde ocurren los hechos es importante para entender la relación de la víctima y el victimario, los móviles y las circunstancias de comisión del delito, entre otras cosas. Éstos se pueden analizar tomando como referencia los círculos sociales más próximos a la víctima y los más distantes. Es importante detectar los estereotipos de género en el entorno familiar, comunitario o social y político, en los que interactúan la víctima y los perpetradores.

⁷⁷ Para más precisiones sobre este tema, ver la sección “D. Violencia como crimen de guerra”, del Capítulo 4 de este protocolo, párrs. 215 y ss.

⁷⁸ Ver Capítulo 4 de este protocolo “Crímenes y formas de atribución de responsabilidad”, párrs. 214 y ss. Ver también: Oosterveld, Valerie (2012), “Contextual Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes” en Bergsmo (ed.) *Thematic Prosecutions of International Sex Crimes*. Torkel Opsahl Academic Epublisher, págs. 189-206. Además consultar: Baig; Jarvis; Martín Salgado y Pinzauti, (2016) “Contextualizing Sexual Violence: Selection of Crimes”; en Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press.

Dependiendo del ámbito en el que hayan ocurrido los hechos de violencia sexual es necesario describir uno o todos los escenarios.

- b. Formas de violencia en la ejecución del delito: Una descripción detallada de la ocurrencia de los hechos es importante para identificar todos los elementos del tipo penal y puede dar pistas de formas de discriminación subyacentes. Por ejemplo, la identificación de elementos de violencia verbal puede ayudar a encontrar el o los móviles del perpetrador.
 - c. Manifestaciones de violencia anteriores al hecho y conexiones con otras violaciones a los derechos humanos: Identificar estas relaciones es fundamental tanto en casos de violencia sexual intrafamiliar, como en ataques sexuales por desconocido y en casos relacionados con el conflicto armado. En los tres tipos de escenarios, preguntarse por antecedentes de violencia y hechos conexos puede contribuir a la identificación de sospechosos o a la confirmación de sindicados ya señalados.
 - d. Caracterización de la víctima: En la investigación de la violencia sexual describir de manera detallada la trayectoria biográfica de la víctima puede ayudar a identificar los espacios en los que pudo haberse encontrado con el perpetrador y los patrones de discriminación relacionados con el género o con otros factores que podrían estar detrás del acto de violencia sexual.
 - e. Caracterización del perpetrador o los perpetradores: Ya sea en el marco o no del conflicto armado es muy importante caracterizar a los posibles responsables para establecer las formas de participación y plantear hipótesis sobre posibles móviles que pudieron dar lugar a los hechos, así como generar medidas de protección adecuadas para las víctimas.
60. *Asociación o conexidad entre hechos*. Si en una investigación se identifican hechos de violencia sexual, el (la) fiscal y su equipo de trabajo deben valorar su posible conexidad con los hechos objeto de investigación para tramitarlos de forma conjunta. Si en cambio, se trata de hechos que deben investigarse por cuerdas procesales distintas, es preciso evaluar una posible asociación de casos que permita complementarlos analíticamente⁷⁹. Si el fiscal no es competente para investigar los hechos, debe remitir la investigación a la oficina de asignaciones para que se dé inicio a la indagación, adjuntando copia de las evidencias que contengan los indicios de la violencia sexual (declaración de testigos, declaración de la víctima, reporte de investigación judicial, examen médico o forense, etc.).
61. *Identificación de patrones asociados al uso de la violencia sexual*. El análisis de coincidencias entre diferentes variables (agresor, tipo de víctimas, bienes afectados, modus operandi utilizados, entre otras) permite identificar semejanzas entre varios delitos, aportando elementos útiles para la determinación de los móviles, el plan criminal y los posibles responsables directos o indirectos en la comisión de los mismos,

⁷⁹ Es importante distinguir que la asociación de casos “es el proceso mediante el cual se encuentran varias relaciones relevantes entre casos a partir de su análisis detallado y de la revisión de fuentes primarias o secundarias [mientras que la conexidad se refiere a la] figura procesal que permite adelantar investigaciones bajo una misma cuerda procesal partiendo de un análisis jurídico sobre su conveniencia”. “Herramientas analíticas para la investigación y ejercicio de la acción penal”. En: *Caja de Herramientas: Guía práctica para la priorización*. Bogotá: FGN. 2015, pág. 17.

así como distintos niveles de mando en una organización criminal⁸⁰. Este tipo de herramientas de análisis de contexto son valiosas en la investigación de los delitos de violencia sexual sobre todo en el marco del conflicto armado pues permiten determinar la sistematicidad y generalidad de los hechos en este escenario así como identificar máximos responsables.

F. Investigación integral en casos de violencia sexual

62. *Investigación integral de la violencia sexual.* La integralidad en la investigación de la violencia sexual exige la inclusión de una perspectiva de género y de interseccionalidad así como interdisciplinaria que contribuya a: (i) recaudar evidencia de manera completa y adecuada, (ii) incluir herramientas de análisis que permitan contextualizar el caso, y (iii) garantizar los derechos de las víctimas en el desarrollo del procedimiento superando los prejuicios sobre la investigación de este tipo de casos.
63. *Construcción participativa del programa metodológico.* En la construcción de un caso de violencia sexual integral, el programa metodológico se convierte en una guía para la investigación que debe ser elaborado entre el (la) fiscal y su equipo de trabajo (investigadores, peritos, analistas, técnicos de criminalística, asistente de fiscal), en atención al contenido de la entrevista con la víctima⁸¹.
64. *Comunicación constante del equipo de trabajo.* El equipo de trabajo debe comunicarse constantemente para actualizar el programa metodológico, revisar los avances de la investigación y acordar tareas. Por eso es clave planear reuniones de trabajo periódicas. Es útil que las órdenes a policía judicial sean conversadas entre fiscal e investigadores para lograr mayor eficiencia. Inclusive es importante reunirse con los expertos que se planea llevar a juicio para explicar cuál debe ser el objeto de sus informes. Esto en ningún caso debe entorpecer la independencia del perito.
65. *Diversidad de hipótesis delictivas.* La estrategia investigativa esbozada en el programa metodológico debe partir del planteamiento de varias hipótesis delictivas sobre la comisión de la violencia sexual, las que deben descartarse o afirmarse según el avance en la recolección de evidencia. Una hipótesis delictiva debe explicar la ocurrencia del hecho de violencia sexual y su posible perpetrador integrando los siguientes componentes: i) fáctico, ii) jurídico y iii) probatorio.
66. *Construcción de hipótesis delictivas.* El proceso de construcción de hipótesis delictivas inicia desde el conocimiento del hecho y según el desarrollo de la investigación pueden integrar la teoría del caso a presentarse en el juicio oral. En esta etapa inicial, la construcción de hipótesis delictivas permite realizar una selección adecuada del tipo penal; establecer criterios para la individualización de los posibles responsables y orientar los primeros actos de investigación. La selección adecuada de los elementos constitutivos de los tipos penales y modos de atribución de responsabilidad, incluyendo las circunstancias de agravación y atenuación, definen los objetivos a

⁸⁰ Ver "Herramientas analíticas para la investigación y ejercicio de la acción penal". En: *Caja de Herramientas: Guía práctica para la priorización*. Bogotá: FGN. 2015, pág. 25.

⁸¹ Avella, Pedro (2007) *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, pág. 49.

seguir en la investigación criminal y permite sustentar acciones procesales definitivas como imputar, acusar o solicitar medidas de aseguramiento.

67. *Componente fáctico de una hipótesis delictiva.* El componente fáctico de la hipótesis delictiva debe estar orientado a responder si los hechos registrados en el reporte de inicio corresponden a la comisión de uno o varios delitos y a quiénes se atribuyen⁸².
- a. Hechos y contexto: El relato fáctico que compone la hipótesis delictiva debe ser puntual, lógico, ordenado y cronológico. Los hechos que deben registrarse son aquellos que tengan capacidad de producir efectos jurídicos. Además, se deben incluir aquellos elementos contextuales que puedan probarse para explicar cómo la ocurrencia de los hechos delictivos tiene relación con arreglos de género discriminatorios u otros elementos como la discriminación por pertenencia étnica, discapacidad, orientación sexual, rol social o político, entre otros. Es definitivo incluir información sobre: la caracterización de la víctima, las acciones desplegadas por los ejecutores, los posibles datos sobre la relación entre víctima y victimario, las circunstancias que facilitaron o permitieron las conductas, si la conducta fue consumada o tentada, los elementos utilizados, entre otros.
 - b. Presuntos responsables: En relación con los presuntos responsables, es esencial reportar datos sobre todos aquellos que pudieron cometer, participar o contribuir en la comisión de los hechos de violencia sexual. Los delitos de violencia sexual pueden involucrar el concurso de personas, por lo que deben reportarse datos tanto de aquellos que la cometieron en calidad de ejecutores directos así como los demás autores o partícipes, que pudieron determinar la ejecución de la conducta, contribuir a su realización o prestar ayuda posterior⁸³.
68. *Componente jurídico de la hipótesis delictiva.* La construcción del componente jurídico consiste en adecuar las circunstancias fácticas a los elementos estructurales del tipo penal. El equipo de trabajo debe valorar las posibles opciones de tipos penales que se podrían adecuar a las circunstancias fácticas y seleccionar aquellas que se ajusten a los hechos descritos, teniendo en cuenta que esta adecuación es flexible dependiendo de la evidencia y la información disponibles. La guía de la investigación debe construirse complementariamente entre los componentes jurídico y fáctico. Las categorías jurídicas que se pretenden probar son fundamentales para planear qué evidencia se necesita y cómo se deben construir los argumentos de la teoría del caso.
- a. Selección de tipos penales y agravantes. Para realizar una selección adecuada del tipo penal y los agravantes en un caso de violencia sexual, es importante que el fiscal comprenda claramente los tipos penales y los elementos estructurales que los

⁸² El Artículo 14 de la Ley 1719 de 2014 especifica algunos elementos a tener en cuenta en el planteamiento de hipótesis delictivas al tratarse de hechos de violencia sexual ocurridos en el marco del conflicto armado, a saber: 1) el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación; 2) las circunstancias en las que ocurrieron los hechos.; 3) los patrones de comisión de la conducta punible; 4) el carácter generalizado o sistemático del ataque en virtud del cual se desarrolle la conducta; 5) el conocimiento del ataque generalizado o sistemático; 6) la pertenencia del sujeto activo a un aparato organizado de poder que actúe de manera criminal; y 7) la realización de la conducta en desarrollo de una política del grupo organizado.

⁸³ Artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

componen⁸⁴. Cada delito, calificante, agravante y atenuante, debe ser tenido como un objetivo en sí mismo, pues deben sustentarse a través de información y evidencia concreta⁸⁵.

Una aproximación integral a la investigación de la violencia sexual permite que factores como la caracterización de la víctima contribuya a la selección de los tipos penales y sus agravantes. Algunos de los elementos de esta caracterización están sujetos a condiciones objetivas. Por ejemplo, al hacer la caracterización a partir de un criterio etario, la selección de los tipos penales y sus agravantes puede realizarse en los siguientes términos: en los delitos abusivos la tipificación es variable si la violencia sexual se registra en contra de una persona mayor o menor de 14 años⁸⁶. Por su parte, la condición de menor de edad se constituye en un elemento estructural para la tipificación de delitos de explotación sexual comercial o pornografía. Respecto de la determinación de agravantes, la edad resulta decisiva en casos de explotación sexual y de turismo sexual cuando se registran en personas menores de 14 años⁸⁷ o 12 años⁸⁸, respectivamente.

En este mismo sentido, la caracterización de la víctima puede develar que se intersectan varias condiciones o actividades que motivaron los actos discriminatorios del agresor o agresores. Si esto se percibe, el fiscal puede incluir dentro del componente jurídico de la hipótesis delictiva el agravante genérico que exige que el delito sea cometido por móviles de intolerancia y discriminación por razones de raza, etnia, ideología, sexo, orientación sexual, o alguna enfermedad o condición de discapacidad de la víctima⁸⁹. También puede incluirse el agravante específico en donde se reprocha con mayor punibilidad cuando la conducta se cometa como forma de retaliación, represión o silenciamiento de integrantes de organizaciones sociales y políticas o como integrantes de organizaciones de defensa de derechos humanos⁹⁰.

Por su parte, la información sobre el sujeto activo, su relación de cercanía o parentesco con la víctima permite concluir si procede encuadrar la conducta en las causales de agravación de la violencia sexual. Por ejemplo, la superioridad manifiesta del agresor sobre la víctima permite adecuar el delito de acoso sexual⁹¹.

- b. Contexto del hecho de violencia sexual y tipo penal. Uno de los primeros aspectos que debe tomar en cuenta el equipo de trabajo para determinar el componente jurídico de la hipótesis delictiva es el escenario en el que ocurre la violencia sexual,

⁸⁴ Para determinar los elementos estructurales del tipo se deben tener en cuenta: "bien jurídico tutelado, sujeto activo, modalidad de la acción, grado de participación, sujeto pasivo, verbos rectores, elementos descriptivos, normativos y subjetivos, circunstancias de agravación genéricas o específicas, circunstancias de atenuación, circunstancias de mayor o menor punibilidad, calificantes, concursos de delitos". Avella, Pedro (2007) *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, pág. 76.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 80.

⁸⁶ Artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000.

⁸⁷ Artículo 216, numeral 1 de la Ley 599 de 2000.

⁸⁸ Artículo 219 de la Ley 599 de 2000.

⁸⁹ Artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

⁹⁰ Artículo 216, numeral 5 de la Ley 599 de 2000. Agravante adicionada por la Ley 1719 de 2014.

⁹¹ Ley 599 de 2000, Artículo 210(a).

por ejemplo en los hechos de violencia sexual registrados en el marco del conflicto armado tipificados en el Título II del Código Penal⁹².

69. *Componente probatorio de la hipótesis delictiva.* A partir de lo dispuesto en el programa metodológico, la hipótesis delictiva debe incluir la relación de la evidencia con la que se pretende probar la ocurrencia del hecho y la autoría y participación de los presuntos responsables. Es indispensable que los actos de investigación estén enfocados en demostrar la existencia de la conducta penal y la responsabilidad de los agresores más allá de toda duda razonable. Los actos de investigación deben evitar recaudar información superflua o innecesaria, y procurar el recaudo de evidencia que sustente la adecuación típica seleccionada⁹³. En el mismo sentido, la estrategia investigativa debe tomar en consideración los argumentos que pueden ser propuestos por la defensa y emprender actos de investigación que permitan desvirtuarlos.
70. *Planeación y seguimiento de la actividad probatoria.* El diseño del componente probatorio debe incluir un mecanismo de seguimiento a las tareas investigativas, por lo que se debe incluir: objetivos a cumplir; programación de actividades investigativas; responsables; términos de ejecución; criterios para evaluar los actos de investigación y resultados. Una ayuda concreta que puede ser utilizada por los equipos de investigación de violencia sexual parte de la construcción de una herramienta de evaluación del caso, plasmando cada uno de los elementos estructurales del tipo, los medios cognoscitivos que pueden soportarlos y las actividades de investigación requeridas para obtenerlos⁹⁴.

⁹² Para información más detallada acerca de cómo determinar la vinculación de hechos de violencia sexual con el conflicto armado, ver la sección "Nexo del hecho con el conflicto armado" del Capítulo 4 de este protocolo, párr. 220.

⁹³ Avella, Pedro (2007) *Programa metodológico en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, pág. 81.

⁹⁴ *Ibid.* pág. 93.

Capítulo 2

Buenas prácticas y lineamientos tras el conocimiento de los hechos de violencia sexual

71. *Contenido.* Este capítulo describe las fuentes a través de las cuales la FGN puede tener conocimiento de los hechos de violencia sexual, destacando los procedimientos para la recepción y registro de la información inicial del caso. Además, expone los lineamientos para realizar los actos inmediatos que deben activarse tras el conocimiento de los hechos de violencia sexual. En consonancia con el capítulo 1, desarrolla cómo el enfoque centrado en la víctima permite su atención integral y garantiza un adecuado acceso a la justicia.

A. Conocimiento de los hechos de violencia sexual

72. *Importancia.* El adecuado trámite de la fase de conocimiento de los hechos para el recaudo, análisis y registro de la información es de suma importancia para el resto del proceso penal pues permite orientar la ejecución de los actos inmediatos de investigación, asignar investigaciones según la competencia de los servidores, facilitar la elaboración del programa metodológico y contribuir a la individualización del ejecutor. El objetivo de este apartado es dar pautas a policía judicial y fiscales sobre las acciones que deben emprender para tramitar un caso de violencia sexual desde que conocen de su ocurrencia. Al respecto, esta sección insiste en la existencia de diversas fuentes de conocimiento por lo que recuerda que, inclusive en los casos en los que la víctima no es quien pone a la FGN en conocimiento de los hechos, el funcionario debe cumplir tareas dirigidas a dar inicio a la indagación.
73. *Trámite general.* La etapa de conocimiento de los hechos incluye el registro de la noticia criminal, la realización de los actos inmediatos de investigación y la elaboración del informe ejecutivo acerca de los mismos.
74. *Registro inicial de los hechos.* Ante el conocimiento de los hechos de violencia sexual, la policía judicial debe completar el formato de noticia criminal o registro de caso respectivo y diligenciar los sistemas de información misionales (SPOA, SIJUF y SIJYP). El buen registro en los sistemas de información de los hechos de violencia sexual permite la posterior consulta por parte de los investigadores, posibilitándoles detectar datos útiles para la comprensión de la ocurrencia de los delitos, la generación de hipótesis delictivas y/o la asociación de casos⁹⁵. Dichos formatos y los datos incluidos en los sistemas deben ser actualizados con información adicional recolectada tras el trámite de las primeras verificaciones. Para diligenciar adecuadamente dichos registros es preciso incluir: i) una caracterización completa de la víctima; ii) un relato completo de los hechos, del contexto y las circunstancias de ejecución del delito; y iii) una adecuada selección provisional del tipo penal⁹⁶.

⁹⁵ Ver: "Cartilla 5: Herramientas analíticas para la investigación y el ejercicio de la acción penal", en *Caja de herramientas: guía práctica para la priorización*, 2015, Bogotá: FGN.

⁹⁶ Acerca de los distintos elementos a incluir en el registro es de utilidad tener en cuenta los contenidos expuestos en el Capítulo 1 de este protocolo. En específico, para la caracterización de las víctimas conviene considerar la sección "B. Perspectiva de género y de interseccionalidad", párrs. 24 y ss. A fin de hacer un relato completo de los hechos y su contexto es de utilidad volver sobre el acápite "E. Análisis de contexto de la violencia sexual", párr. 58 y ss. Así mismo para la

75. *Actos inmediatos de investigación.* Con independencia del tiempo transcurrido desde los hechos de violencia sexual, una vez que se tenga noticia, por cualquier medio, de la posible ocurrencia de estos, la policía judicial debe considerar el caso como urgente e iniciar de forma inmediata la indagación mediante la ejecución de los actos de que trata el artículo 205 de la Ley 906⁹⁷. En este sentido, la realización de dichos actos no se limita a la labor de las Unidades de Reacción Inmediata (URI) sino que, por el contrario, todos los policías judiciales que conocen de la ocurrencia de un hecho de violencia sexual pueden determinar su pertinencia y activarlos. La recolección de EMP y EF en este momento debe seguir los principios de cadena de custodia.
76. *Finalidad de los actos inmediatos.* La ejecución de estos actos de investigación inmediatos está dirigida a la realización de medidas expeditas, puntuales y efectivas de recolección y resguardo de EMP y EF⁹⁸. Siempre, para la activación de los actos inmediatos de investigación, el policía judicial debe analizar la fuente de conocimiento de los hechos y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que fueron descritas en dicha fuente. Así mismo, debe organizar y controlar la ejecución y documentación de los actos, determinando la pertinencia de cada uno, su utilidad específica respecto de las hipótesis preliminares y el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos.
- a. Cuando los hechos son de reciente ocurrencia los actos inmediatos apuntan sobre todo a evitar la pérdida de EMP y EF en el cuerpo de la víctima, del agresor o en la escena de los hechos (rastros, registros en cámaras de seguridad, etc.). También procuran evitar la pérdida de recuerdos sobre lo ocurrido (de víctimas o testigos). De ser necesario, los actos deben dirigirse a sustraer a la víctima de entornos o circunstancias de riesgo.
 - b. Cuando los hechos son de antigua ocurrencia los actos inmediatos pueden estar encaminados a resguardar la información que tengan las víctimas o potenciales testigos y asegurar su participación en el proceso. Para esto puede ser útil hacer un mapeo de las rutas de atención previa seguida por la víctima, si las hay, y de posibles evidencias o informaciones disponibles que permitan soportar las circunstancias conocidas y que podrían perderse o ser destruidas.
77. *Los actos inmediatos de investigación no requieren orden de trabajo.* Estos actos inmediatos están a cargo de servidores con funciones de policía judicial que actúan de forma expedita tras el conocimiento de los hechos. Estos actos pueden consistir en la inspección en el lugar del hecho, la inspección de cadáver, la realización de entrevistas y/o interrogatorios, así como la remisión a instancias médico-legales para la práctica de exámenes, entre otros.
78. *Elaboración del informe ejecutivo.* Una vez realizados los actos de investigación inmediatos, los servidores de policía judicial deben presentar un informe ejecutivo dentro de las 36 horas siguientes a iniciada la indagación de los delitos de violencia

selección provisional del tipo penal resulta pertinente volver sobre el apartado "Componente jurídico de la hipótesis delictiva", párr. 70.

⁹⁷ Una figura similar a los actos urgentes tratados en el Artículo 205 de la Ley 906, en el marco de la Ley 600 de 2000 son los actos investigativos "por iniciativa propia" de los servidores públicos con funciones de policía judicial, regulados en los Artículos 315, 314 y 290 inc. 9° de la Ley 600. Tenga en cuenta las pautas y lineamientos acotados en esta sección poniendo en perspectiva las respectivas diferencias procesales.

⁹⁸ Ver Capítulo 3 de este protocolo. párrs. 144 y ss.

sexual, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 205 de la Ley 906 de 2004. Este informe debe ser presentado ante el fiscal quien, desde el reporte de inicio, asume la dirección y coordinación de las actividades investigativas, revisa la legalidad de los actos de investigación emprendidos por la policía judicial y posteriormente convoca al equipo de trabajo para la elaboración del programa metodológico. A pesar de que el primer conocimiento de los hechos que tiene el fiscal se da con el reporte de inicio, el informe ejecutivo le permite ponerse al tanto de los avances logrados con los primeros actos de investigación llevados a cabo por la policía judicial.

79. *Narración de los hechos en el informe ejecutivo y primer análisis del caso.* La narración de los hechos incluida en el informe ejecutivo debe ser tomada como una oportunidad para analizar el caso y discutirlo con el equipo de trabajo. La referencia a los hechos en el informe ejecutivo no se debe limitar a narrar lo dicho por los testigos o a transcribir lo plasmado en otros informes anexos (actas de inspección a cadáver, inspección al lugar de los hechos, allanamiento o registro de lugares). Por el contrario, debe analizar la información recaudada hasta el momento para la construcción de hipótesis delictivas y la consecución de pistas que faciliten la identificación del perpetrador. También se pueden registrar antecedentes de violencia que pudieran estar relacionados con los hechos objeto de investigación.
80. *Las fuentes de conocimiento de hechos de violencia sexual.* Algunas fuentes de conocimiento de estos hechos están referidas a notificaciones hechas a la entidad mediante un conducto regular ya sea a través de: (1) denuncia; (2) reporte o remisión de casos del sector salud; (3) reporte proveniente de la Policía Nacional (Policía de vigilancia); (4) reporte procedente de comisarías de familia, defensorías de familia o servidores(as) del ICBF; y (5) otros reportes provenientes de entidades oficiales. Otras fuentes de conocimiento pueden ser información: (1) divulgada por medios de comunicación; (2) reportada a través de anónimos e informantes que utilizan la línea de emergencia; y (3) procedente de organizaciones de la sociedad civil, de derechos humanos o de mujeres.

Fuente de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima

81. *Importancia de la denuncia.* La denuncia juega un papel crucial para el inicio de la investigación pues denota el primer contacto con la víctima, quien es la principal afectada y frecuentemente podría ser la única testigo de los hechos. El trato que los operadores de justicia le den a la víctima en el momento de la denuncia impacta directamente su participación en las demás etapas del proceso. Si la denuncia se realiza en condiciones de dignidad, respeto y en atención a las características diferenciales de la víctima, se contribuye a generar una relación de confianza y credibilidad en la FGN y en los servidores encargados de la investigación, lo cual amplía las posibilidades de una efectiva participación de éstas en el proceso judicial. Además, si las condiciones están dadas, la recepción de la denuncia constituye un momento para el recaudo exhaustivo de información evitando la revictimización.
82. *La denuncia es un momento relevante para las víctimas.* Cada víctima reacciona de manera distinta al momento de narrar hechos traumáticos como los de violencia sexual. Para algunas, este puede tener un alto componente de dignificación. Para otras, significa enfrentar sentimientos de culpa y vergüenza. Los operadores de justicia deben

evaluar las necesidades de la víctima al momento de la recepción de la denuncia y adaptar su actuar a dichas necesidades. De allí que deban tener claridad sobre las herramientas más adecuadas para asegurar el respeto, dignidad y el bienestar de la víctima y así poder recabar la mayor cantidad de información posible durante la toma de la denuncia.

Lineamiento # 1: Garantizar condiciones adecuadas en la recepción de la denuncia:

83. *Condiciones adecuadas.* Recibir una denuncia de violencia sexual por parte de una víctima requiere adoptar una serie de adecuaciones que garanticen la preservación de derechos y permitan una eficiente recolección de información. Para ello el funcionario debe:
84. *Favorecer la privacidad, seguridad, accesibilidad⁹⁹ y comodidad.* En el momento de la toma de denuncia el funcionario debe velar porque el espacio y la actitud tomada generen un clima de confianza y tranquilidad. En relación con los espacios, debe evitar el uso de áreas públicas y de corredores de oficinas con tránsito de otras personas que puedan oír la realización de la entrevista. Por su parte, respecto de su disposición para el procedimiento debe contar con el tiempo suficiente, no ejercer presiones y evitar interrupciones cuando esté con la víctima. Así mismo, antes de comenzar la denuncia el funcionario puede entablar un diálogo previo con la víctima y formular preguntas sencillas que faciliten la comunicación. Además, el funcionario debe evitar referirse a ella en público como víctima de violencia sexual y proteger su identidad. Siempre debe asegurarse de que la denuncia no sea tomada en presencia del presunto agresor, por lo que es importante evitar que terceras personas puedan influir o intimidar a la entrevistada. Excepcionalmente, si la víctima se rehúsa a ser separada de su acompañante o cuando la víctima sea menor de edad y deba estar acompañada, debe permitirse el ingreso del tercero y es recomendable ubicarlo en un lugar donde no haya contacto visual con quien denuncia y aclararle que evite interferir en el procedimiento¹⁰⁰.
85. *Idoneidad del servidor para tramitar la denuncia.* Es importante conceder a la víctima la oportunidad de escoger el sexo del servidor frente al cual hará la denuncia. En caso de no haber disponibilidad institucional para responder a esta solicitud es útil brindarle información suficiente sobre la idoneidad y sensibilidad de los servidores de la entidad que pueden realizar la diligencia.
86. *Importancia de la atención psicosocial durante la recepción de la denuncia.* De acuerdo a los recursos disponibles, puede ser conveniente contar con la presencia de personas capacitadas en atención psicosocial para la toma de la denuncia, de acuerdo al estado físico y emocional de la víctima. De allí que las direcciones seccionales deban destinar recursos para la capacitación del personal de recepción de denuncia y/o disponer de psicólogos que puedan apoyar situaciones de crisis específicas.

⁹⁹ En caso de que la víctima sea una persona con discapacidad, se deben garantizar los ajustes razonables que garanticen su trato digno y en igualdad de condiciones. Algunos ejemplos son la adecuación arquitectónica de los lugares de recepción de denuncias para que sean accesibles a personas con discapacidad física, contar con intérpretes en lengua de señas para personas con discapacidad auditiva, entre otras.

¹⁰⁰ "Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales". INMLF. Código: DG-M-Guía-09-V01. Versión 01, febrero de 2010, pág. 28.

87. *Aplicar la perspectiva de género y de interseccionalidad.* De acuerdo con los postulados del capítulo 1, desde la recepción de la denuncia es fundamental tener en cuenta las características de la víctima para plantear las hipótesis investigativas, así como para atenderla adecuadamente. En específico, para la toma de la denuncia es preciso tener en cuenta los siguientes factores:

- a. Edad de la víctima. Considerar este factor permite valorar el tipo de preguntas y el tratamiento que debe darse a la víctima durante la diligencia. Por ejemplo, si la víctima es menor de edad, debe contarse con la presencia del defensor de familia o de un familiar adulto que le acompañe, así como de un profesional capacitado en atención a NNA. Respecto de la toma de denuncia a menores de edad se puede explorar la existencia de situaciones previas de violencia contra la madre, hermanos o familiares con quienes conviva, así como antecedentes de violencia experimentados por la misma víctima. Por su parte, en la toma de denuncia a adultos mayores debe considerarse su posible relación de dependencia con el perpetrador, sus posibles limitaciones físicas, cognitivas o sensoriales y/o sus prejuicios relacionados con la violencia sexual, elementos que podrían dificultarle el relato de los hechos¹⁰¹.
- b. Pertenencia étnica de la víctima. En estos casos es importante contar con un traductor, intérprete o una persona especializada en atención a víctimas con diversidad cultural. Así mismo, es preciso evitar tratos discriminatorios que reproduzcan prejuicios en torno a ciertas poblaciones y que además tiendan a minimizar, inadecuadamente, el impacto de los hechos de violencia sexual cometidos en su contra¹⁰².
- c. Condición de discapacidad de la víctima¹⁰³. En estos casos el funcionario debe evaluar la necesidad de pedir asistencia o intervención de profesionales que tengan

¹⁰¹ Para profundizar sobre otras consideraciones a tener cuenta en caso de víctimas adultos mayores, puede consultar la sección "Special Considerations: Elderly Victims" en Office of the Attorney General, Governor's Commission on domestic and sexual violence (2012) *A Model Protocol for Response to Adult Sexual Assault Cases*. New Hampshire: U.S. Department of Justice, Office on Violence against Women, págs. 37-38.

¹⁰² Las pautas, lineamientos y estándares manejados en este protocolo están referidos a casos que competen a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, se reconoce que, frente a situaciones de violencia sexual contra personas indígenas, el fiscal de conocimiento debe en primer lugar establecer su competencia atendiendo a los elementos de carácter personal, territorial, institucional y objetivo para el análisis de la responsabilidad penal del individuo. Según la Corte Constitucional, el *elemento personal* hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena. El *elemento territorial* hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo. El *elemento institucional* se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. El *elemento objetivo* se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado, hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria. Aun así, independientemente de la competencia, ante el conocimiento del hecho de violencia sexual contra la víctima, el(la) fiscal debe contactar a las autoridades indígenas de la comunidad de la víctima, con el fin de: i) Coordinar medidas de atención y acompañamiento para la víctima; ii) Informar sobre la ocurrencia del hecho y en caso de, considerarlo pertinente, trabar el conflicto entre las jurisdicciones; y iii) Establecer la aproximación que ha tenido la comunidad frente al hecho. Además, el (la) fiscal debe informar a la Defensoría, Procuraduría o Personería, con el fin de velar por el proceso de acompañamiento a la víctima. Al respecto consultar: Corte Constitucional, T-921 de 5 de diciembre 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰³ Los derechos que deben asegurarse a las personas con o en situación de discapacidad, están sustentados en la siguiente normatividad: Artículos 10, 13, 29 y 47 de la Constitución Nacional de 1991; Convención sobre los derechos de las personas

conocimiento o formación en derechos de las personas con discapacidad. Para la recepción de la denuncia se sugiere preguntar a la víctima si requiere algún tipo de asistencia especializada o ayudas técnicas además de los ajustes razonables estipulados por las normas vigentes. Tanto la pregunta como la respuesta deben registrarse en la denuncia.

- d. Orientación sexual de la víctima¹⁰⁴. Al tratarse de víctimas LGBTI el funcionario debe ser consciente de los prejuicios sociales existentes sobre esta población, que pueden llevar a que la persona sienta desconfianza para interponer una denuncia y participar en el proceso. Los servidores que reciben la denuncia de violencia sexual deben: i) respetar la individualidad, orientación sexual, identidad de género de la persona y no utilizar prácticas ni lenguaje discriminatorio; (ii) reconocer que existe una historia de discriminación de poblaciones LGTBI; y (iii) ser conscientes de sus propios prejuicios culturales, morales o religiosos que pueden afectar el trato a la víctima¹⁰⁵, de forma que identifiquen cuándo hay necesidad de remisión a otro servidor. En particular, el servidor judicial que atiende a una mujer *trans* debe referirse a ella por su nombre identitario y no por el que aparezca en su documento de identidad, cuando estos no coincidan y registrarlo en la denuncia. En caso de tener dudas acerca de cómo dirigirse a una persona de identidad sexual diversa, puede preguntar a la víctima cómo dirigirse a ella.

88. *Promover la cooperación de la víctima en la investigación*¹⁰⁶. En el momento de la denuncia es importante informarle a la víctima sobre sus derechos, las características del proceso y los medios de atención integral utilizando un lenguaje comprensible. Así mismo, es importante valorar positivamente que la víctima sea capaz de hablar de lo que siente y tratar de identificar sus expectativas e intereses en relación con la diligencia, la investigación de los hechos y su reparación. De allí que el funcionario, por una parte, debe abstenerse de hacer manifestaciones o comentarios que minimicen la gravedad de lo ocurrido o de la afectación emocional de la víctima, dado que esto descalifica su relato. Por otra parte, debe aclarar las dudas que tenga y asegurarse de no prometer un resultado específico en la investigación precisando sus alcances posibles.

con discapacidad (2006); Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008); Ley 324 de 1996; Ley 361 de 1997; Decreto 2369 de 1997; Artículos 8, 11, 144, 400 y 408 de la Ley 906 de 2004; Ley 982 de 2005; Ley 1346 de 2009; Ley 1618 de 2013; Ley 1752 de 2015; Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 26 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett; Corte Constitucional. Sentencia C-983 del 13 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional. Sentencia C-605 del 1 de agosto de 2012. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa; Corte Constitucional. Sentencia C-066 del 11 de febrero de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional. Sentencia C-330 del 5 de junio de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁴ Ante la existencia de una víctima con orientación sexual diversa, se investigará a profundidad los hechos ocurridos, sin calificarlos a priori como crímenes pasionales o como venganzas personales. La investigación debe garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia según lo dispuesto en el Artículo 19, numeral 8 de la Ley 1719 de 2014.

¹⁰⁵ Ver: Victor, C.J., Nel, J.A., Lynch, I., & Mbatha, K. (2014) "The psychological society of South Africa sexual and gender diversity position statement: contributing towards a just society" en *South African Journal of Psychology*, vol. 44, n° 3, págs. 292-302. También consultar: Gold, S.D., Dickstein, B.D., & Marx, B.P. (2009) "Psychological outcomes among lesbian sexual assault survivors: an examination of the roles of internalized homophobia and experiential avoidance", en *Psychology of Women Quarterly*, n° 33, págs. 54-66.

¹⁰⁶ Office of the Attorney General, Governor's Commission on domestic and sexual violence (2012) *A Model Protocol for Response to Adult Sexual Assault Cases*. New Hampshire: U.S. Department of Justice, Office on Violence against Women.

Lineamiento #2: Recoger los datos fundamentales de los hechos y otros elementos relevantes durante la denuncia

89. *Formular preguntas adecuadas.* Durante la denuncia el funcionario debe realizar preguntas dirigidas a determinar los siguientes elementos: qué sucedió; las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos; los datos de identificación y contacto de la víctima; así como los presuntos autores y testigos identificados por la víctima. Estas preguntas deben ser claras, concisas, con vocabulario sencillo y estructura simple. Y sus respuestas deben registrarse de forma completa.
90. *Promover la preservación y custodia de evidencia física (EF) y elementos materiales probatorios (EMP).* En el momento de tomar la denuncia el funcionario debe recolectar, embalar, rotular y continuar el procedimiento de cadena de custodia de prendas u otros EF o EMP relacionados con el delito que la víctima pudiera presentar. Cuando el funcionario conozca de la existencia de otros EMP y EF que no hayan sido aportados en el momento de la denuncia, debe recomendarle a la víctima:
- Evitar lavar o desechar cualquier objeto presente en el momento de los hechos;
 - Guardar las prendas de vestir o de cama, secas en bolsas de papel –no en papel de prensa impresa-, al igual que elementos de higiene íntima (por ejemplo: protectores diarios, toallas higiénicas, tampones, papel higiénico, pañales, etc.), para que puedan ser entregados a policía judicial;
 - Evitar limpiar heridas, bañarse, orinar o defecar, antes de la valoración médico legal, si se trata de hechos ocurridos con pocas horas de anterioridad.
91. *Procurar una declaración completa de la víctima.* Al seguir este protocolo se puede lograr que la primera declaración de la víctima, durante la denuncia, sea lo más completa posible. Esto reduce las posibilidades de que sea necesario contactarla para una declaración posterior que pueda conllevar su revictimización. Los funcionarios además deben tener en cuenta que la memoria de hechos traumáticos puede ser afectada por la gravedad del daño, el paso del tiempo o la etapa del ciclo vital en que se encuentra la víctima. Por esto, nuevas declaraciones pueden traer consigo imprecisiones o contradicciones con el dicho inicial¹⁰⁷, lo cual no significa que la víctima esté mintiendo.

Lineamiento # 3: Dar un cierre adecuado a la toma de la denuncia:

92. *Identificar el momento adecuado.* Es importante que la toma de la denuncia no termine en momentos de crisis. Si la víctima se altera y decide no continuar con el relato, el receptor no puede obligarla a continuar. Puede darle un momento y, en el marco de la

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza Gonzáles contra Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 150; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza Gonzáles contra Perú*. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 360.

diligencia, reiterarle el carácter reservado de la investigación y confirmarle la confianza que puede tener en el aparato judicial.

93. *Acordar con la víctima la forma más segura de volver a ponerse en contacto y darle notificaciones.* Es pertinente informar con claridad a la víctima cómo contactar a la entidad para recibir o brindar información adicional sobre su caso. Es de suma importancia, además, registrar los medios a través de los cuales la víctima prefiere ser contactada (determinado número telefónico, alguna dirección distinta a la del lugar donde vive, correo electrónico, etc.).
94. *Informar a la víctima los pasos siguientes.* Tras el cierre de la toma de denuncia el funcionario debe informar a la víctima los pasos a seguir y el rol que cumplirá el personal de policía judicial y el (la) fiscal delegado a lo largo del proceso. Así mismo debe conceder a la víctima la posibilidad de manifestar su interés en participar o no en el proceso penal. Independientemente de su decisión, las víctimas tienen el derecho de obtener copias y acceder a información sobre el proceso desde el momento de la denuncia¹⁰⁸.
95. *Hacer las remisiones correspondientes.* El funcionario debe remitir a las víctimas a las entidades o autoridades competentes para su atención integral¹⁰⁹.

Lineamiento #4: Registrar la declaración de forma completa

96. *Registrar la declaración.* El registro de la declaración debe quedar por escrito, y realizarse de manera simultánea a la exposición de la víctima. Debe hacerse en primera persona, tal y como la persona denunciante narre los hechos, sin alterar las palabras utilizadas. La declaración de la víctima es registrada en el Formato Único de Noticia Criminal –FPJ 2- dentro del acápite de relato de los hechos.
97. *Incluir datos de personal de asistencia técnica-especializada:* En caso de recibir la denuncia de una persona en condición de discapacidad o que no hable el idioma español, el funcionario debe registrar la forma en que fueron garantizados sus derechos y hacer constar la identificación, firma y datos de contacto de quien apoyó con un conocimiento especializado la declaración de la víctima.
98. *Leer la declaración.* Antes de finalizar la diligencia el funcionario debe leer la declaración a la víctima para garantizar que la información que ha recogido es lo más exacta posible.
99. *Anexar registros fotográficos.* Es importante documentar la situación de la víctima, tal como es observada, por lo que puede ser conveniente que un policía judicial tome fotografías para documentar las heridas o efectos visibles de la violencia. Para esto debe contar con el consentimiento de la víctima y garantizar su intimidad.
100. *Documentar los factores que pueden intervenir en la retractación de la víctima.* Es importante documentar las condiciones de la víctima que pudieran llevar a una retractación con respecto a lo que manifestó en la denuncia. Por ejemplo, deben registrarse factores como la dependencia económica o afectiva con el agresor, la

¹⁰⁸ Ver Artículo 13, numeral 2 de la Ley 1719 de 2014.

¹⁰⁹ Ver la sección “B. Atención integral de las víctimas”, del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 115 y ss.

existencia de amenazas o la presencia de grupos armados en el sector donde vive. Registrar estas condiciones permite que en el desarrollo de la investigación se ofrezcan y tomen las medidas necesarias para que la víctima se sienta apoyada y sea protegida adecuadamente para garantizar su participación en el proceso.

Fuente de conocimiento # 2: Reporte o remisión de casos del sector salud.

101. *Procedimiento.* El sector salud es un referente importante en la investigación de la violencia sexual tanto para el conocimiento de los hechos como para la obtención de evidencia en el transcurso de la investigación¹¹⁰. Cuando las entidades del sector salud atienden a víctimas de violencia sexual ponen en conocimiento de los hechos a la policía judicial, cuyos funcionarios deben registrar la noticia criminal y dar trámite a los actos urgentes, sin importar el tiempo transcurrido entre el hecho y la atención en salud¹¹¹.
102. *Hallazgos del sector salud como medios de prueba o contribuciones a la investigación penal*¹¹². Las actividades realizadas por las entidades de salud¹¹³, referidas a la valoración clínica inicial, diagnóstico, anamnesis, recolección de muestras y atención inicial en salud sexual y reproductiva, así como en salud física y mental, constituyen potenciales elementos de prueba¹¹⁴ que deben ser adecuadamente recaudados¹¹⁵ y verificados en la investigación. A partir del registro de la anamnesis¹¹⁶, la historia clínica y demás registros médicos sobre la víctima, la policía judicial puede:
 - a. Determinar la oportunidad y el contenido de la entrevista a la víctima, evitando exponerla a situaciones de revictimización y considerando las condiciones que

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Las entidades prestadoras del servicio de salud deben cumplir con lo dispuesto en: Veloza, E; Torres, N; Pardo, F; Londoño, A; Hurtado, M; Gómez, C; Girón, A; Villarreal, C; Pineda, N. (2011) *Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social-UNFPA.

¹¹² Para el manejo y descripción de prendas de vestir, la recolección y embalaje de EMP y EF en el marco del examen médico forense tenga en cuenta: *Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia* (2012) Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Ver también: Monroy, C.; Berenguer, A.; Constantín, A. (2009) *Reglamento técnico para el abordaje forense integral en la investigación del Delito Sexual*, versión 03. Bogotá: INMLCF. [En línea] Recuperado el 15 de abril de 2015 de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/48758/78081/R1.pdf/33c02064-1556-47c7-93ba-80caa5d4117c>.

¹¹³ Para conocer estos procedimientos en más detalle puede consultar “Manejo de los Elementos Materia de Prueba o Evidencias Provenientes de Entidades Prestadoras de Servicios de Salud Públicas o Privadas” En: *Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia* (2012) Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Ver también: Resolución 0.2770 de 2005 “por la cual se modifica el Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia adoptado mediante Resolución 0-6394 de 2004”. También se puede consultar: Convenio Secretaría Distrital de Salud-Fondo de Población de las Naciones Unidas (2008) *Protocolo para el abordaje integral de la violencia sexual desde el sector salud*. Bogotá: UNFPA-INMLCF- Gobierno de la Ciudad de Bogotá- Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Además, tenga en cuenta el formato “Inventario de pertenencias en ambulancias y centros hospitalarios-FPJ-25-” para la recolección de EMP Y EF, referido en el Manual de Policía Judicial.

¹¹⁴ Ver consideraciones expuestas en el Capítulo 3 de este protocolo, sección “Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos# 2: Valoración médico-forense”, párrs. 170 y ss.

¹¹⁵ Ver Monroy, C.; Berenguer, A.; Constantín, A. (2009) *Reglamento técnico para el abordaje forense integral en la investigación del Delito Sexual*, versión 03. Bogotá: INMLCF. [En línea] Recuperado el 15 de abril de 2015 de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/48758/78081/R1.pdf/33c02064-1556-47c7-93ba-80caa5d4117c>.

¹¹⁶ La anamnesis médica se refiere a la entrevista realizada por un médico con el fin de recopilar información acerca del paciente para formular el diagnóstico y determinar su tratamiento. Los hallazgos de este procedimiento quedan registrados en la historia clínica del paciente.

fueron planteadas en la anamnesis, la valoración y la atención suministrada en el sector salud¹¹⁷.

b. Evaluar el riesgo de nuevas victimizaciones y verificar si la entidad de salud ha activado la ruta de protección. En su defecto, activar mecanismos de protección procedentes.¹¹⁸

c. Identificar posibles testigos a partir del reconocimiento de las personas que acompañaron a la víctima en el centro médico.

103. *Interrupción voluntaria del embarazo (IVE) por actos de violencia sexual*¹¹⁹. Cuando la víctima o la entidad de salud soliciten la práctica de la IVE aduciendo que éste fue producto de una conducta constitutiva de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida o transferencia de óvulo fecundado no consentida, la policía judicial debe realizar de inmediato el registro de la noticia criminal respecto de los hechos que constituyan violencia sexual y suministrar una copia a la víctima y a la entidad de salud, dentro de los cinco días posteriores a la solicitud¹²⁰. No se requiere la copia de la denuncia por violencia sexual a cualquier niña menor de 14 años que solicite la IVE¹²¹. La objeción de conciencia al aborto no es un impedimento para que los servidores judiciales registren una denuncia por hechos de violencia sexual y procedan a la remisión al centro de salud correspondiente¹²².

104. *Articulación con el sector salud*. La articulación con el sector salud es esencial para verificar que la víctima haya recibido la atención médica y psicológica inicial y continúe recibiendo la atención integral posterior, de manera simultánea al trámite de la investigación penal.

¹¹⁷ Por ejemplo, la pertenencia a un grupo étnico que determinó una cierta atención psicológica especializada; condición de desplazamiento forzado que permitió identificar adicionales riesgos y afectaciones; el nivel de desarrollo del niño o niña que implicó la no realización de entrevista por ser menor de edad, o cuidados especiales tenidos en cuenta durante la entrevista para evitar la revictimización; el respeto al derecho a escoger el sexo del facultativo; condiciones bajo las cuales se obtuvo o no el consentimiento de la víctima, etc.

¹¹⁸ Para la activación de rutas y mecanismos de protección tener en cuenta los parámetros previstos en la sección “Componentes de la atención integral a víctimas # 2.3: Protección”, del Capítulo 2 de este protocolo, párr. 131 y ss.

¹¹⁹ La Corte Constitucional reiteró el derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual de solicitar la interrupción voluntaria del embarazo y la obligación de las IPS de practicarlo en el menor tiempo posible y con condiciones de calidad. Ver: Corte constitucional. Sentencia C-754 del 10 de diciembre de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁰ Ministerio de Salud, Resolución 459 de 2012 por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual, y Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-209 del 27 de noviembre de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. También ver: Ministerio de Salud, Resolución 459 de 2012 por la cual se adopta el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual.

¹²² Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 28 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Fuente de conocimiento # 3: Reporte proveniente de la Policía Nacional

105. *Procedimiento.* Cuando la Policía de vigilancia reporte un hecho de violencia sexual en su rol de primera autoridad respondiente¹²³ o en desarrollo de las actividades de prevención¹²⁴, la policía judicial debe:
- a. Verificar que el informe de primer respondiente sea allegado oportunamente;
 - b. Verificar que dicho informe contenga los datos completos sobre las actividades adelantadas para el aseguramiento del lugar de los hechos, la protección de los EMP y EF encontrados y el cumplimiento de los principios de cadena de custodia¹²⁵;
 - c. Verificar o proceder a la identificación de potenciales testigos, la ubicación y apoyo a las víctimas, entre otras;
 - d. Realizar el reporte de iniciación de la indagación;
 - e. Proceder de inmediato a la realización de los actos urgentes¹²⁶;
 - f. Verificar, en casos de captura en flagrancia, que el iniciado haya sido puesto a disposición de la FGN. Además, debe verificar que el primer respondiente entregue la información completa sobre las circunstancias en que se produjo la captura. En estos casos se debe priorizar el resguardo de la integridad física, psíquica y emocional de la víctima, así como verificar las condiciones de seguridad de su grupo familiar y de su comunidad de acuerdo con las circunstancias de la captura en flagrancia.

Fuente de conocimiento # 4: Reporte procedente de defensorías de familia o servidores(as) del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar (ICBF)

106. *Procedimiento.* Cuando el ICBF tenga conocimiento sobre la posible comisión de delitos de violencia sexual contra NNA¹²⁷ o personas en condición de discapacidad bajo su protección y ponga esta información a disposición de la FGN, la policía judicial debe:
- a. Verificar que la información remitida esté completa;
 - b. Realizar el reporte de inicio de indagación;

¹²³ Policía Nacional (2008) *Policía de Vigilancia. Primera Autoridad Respondiente en el Sistema Penal Acusatorio*, cartilla N° 8, Bogotá: Programa Departamentos y Municipios Seguros, pág. 21 [En línea] Recuperado el 9 de marzo de 2015 de: http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/INSTITUCION/Cartelera_New/doctrina/cartillas/54.pdf.

¹²⁴ Ver: Ley 679 de 2001 y Ley 1098 de 2006. Consultar también: Policía Nacional (2011) *Poder, Función y Actividad de Policía*, cartilla n° 5. Bogotá: Programa Departamentos y Municipios Seguros, pág. 45. [En línea] Recuperado el 9 de marzo de 2015 de

http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/PROGRAMAS_DEPARTAMENTOS_MUNICIPIOS_SEGUROS/dms_cerca/cartillas/Cartilla%205.pdf.

¹²⁵ En seguimiento del *Manual de Procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia* (2012) Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

¹²⁶ Ver sección de “Actos inmediatos de investigación” en este capítulo, párr. 77-79.

¹²⁷ En desarrollo de procedimientos de restablecimiento de derechos (Ley 1098 de 2006) o del “Programa de Atención Especializada para NNA que se han desvinculado de los grupos armados organizados al margen de la ley” (ICBF, 2010).

- c. Establecer contacto con los profesionales que hayan intervenido en la atención del NNA o la persona en condición de discapacidad, buscando evitar la repetición de entrevistas que expongan a la víctima a situaciones de re-victimización;
- d. Procurar identificar a los padres, adultos responsables o red de apoyo de la víctima y obtener los medios para contactarlos (números telefónicos, direcciones, etc.);
- e. Mantener comunicación con la respectiva autoridad del ICBF para acceder a información adicional sobre el caso.

Otras fuentes de conocimiento de los hechos de violencia sexual

- 107. *Reportes de Comisarías de Familia.* Las Comisarías de Familia pueden tener conocimiento de hechos de violencia sexual y, en el ejercicio de su competencia, pueden recibir denuncias y realizar actividades de policía judicial. Los(as) fiscales y los (las) servidores(as) con funciones de policía judicial deben verificar que las actuaciones desarrolladas por las Comisarías cumplan los principios de cadena de custodia¹²⁸ y que sus reportes contengan elementos suficientes para la documentación del caso y para dar inicio a la indagación.
- 108. *Denuncias de servidores públicos.* La información suministrada por cualquier servidor público sobre la ocurrencia de hechos de violencia sexual en ejercicio del deber de denunciar ante la FGN, constituye otra posible fuente de conocimiento de los hechos de violencia sexual sobre los que la policía judicial debe hacer labores de verificación para la apertura de noticias criminales.
- 109. *Reportes o denuncias procedentes de docentes o instituciones educativas.* También son fuente de conocimiento de hechos de violencia sexual aquellos reportes o denuncias de docentes o instituciones educativas que identifican o detectan hechos de violencia sexual contra alguno(a) de sus estudiantes dentro o fuera del establecimiento educativo¹²⁹. Frente a estas denuncias la policía judicial debe hacer labores de verificación para la apertura de una noticia criminal.
- 110. *Reportes de la Defensoría del Pueblo.* Los informes de riesgo, alertas tempranas o informes de verificación de la situación de derechos humanos que produzcan Defensorías Regionales o las Defensorías Delegadas encargadas¹³⁰, deben ser analizados por las secciones de análisis criminal o por quien se disponga, para determinar los posibles delitos incluidos en dichos reportes y decidir si se debe tramitar una noticia criminal o, si por el contrario, se remite dicha información a investigaciones existentes.
- 111. *La información sobre la comisión de delitos sexuales dada a conocer en el marco de reuniones o sesiones de comités o mesas interinstitucionales en las que participen*

¹²⁸ Ver "Manual de procedimientos para cadena de custodia" (2012) Bogotá: Fiscalía General de La Nación.

¹²⁹ Ley 1146 de 2007 y Ley 1098 de 2006.

¹³⁰ En el Decreto 025 de 2014, se destacan las siguientes dependencias de la Defensoría del Pueblo: Defensoría Delegada para la prevención de riesgos de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario; Delegada para la orientación y asesoría de las víctimas del conflicto armado interno; Delegada para los derechos de la población desplazada; Delegada para los derechos de las mujeres y asuntos de género; Delegada para la infancia, la juventud y el adulto mayor; Delegada para los indígenas y las minorías étnicas.

*representantes de la FGN*¹³¹. Esta información también puede propiciar el inicio de la investigación penal. El delegado(a) de la Fiscalía que participe en la reunión interinstitucional debe recoger información suficiente sobre los hechos referidos (lugar, fecha, descripción y contacto de quien suministra la información) y dirigir un oficio a la dirección seccional correspondiente para verificar si dichos hechos cuentan con noticia criminal o, por el contrario, deben adelantarse actos de verificación para abrir una noticia criminal.

112. *Medios de comunicación, informes y fuentes humanas.* La FGN también puede conocer de hechos de violencia sexual por: i) informes de organizaciones de la sociedad civil, de derechos humanos o de mujeres; ii) reportes anónimos o de informantes de la ciudadanía a través de líneas de emergencia o portales web de participación ciudadana; o iii) medios de comunicación y redes sociales. En estos casos, las secciones de análisis criminal o quienes se disponga, deben: verificar y analizar la información para identificar posibles delitos reportados para determinar si se abre una noticia criminal nueva o se aportan elementos a noticias preexistentes. Entre los actos de verificación se puede solicitar grabaciones de audio y video¹³² u otros registros que puedan servir a la delimitación y prueba de los hechos. También puede ser útil consultar los sistemas de información misionales y los registros en sistemas de salud locales, para determinar si existen denuncias, reportes o alertas previas asociadas a los nombres de las víctimas u otros datos reportados.

B. Atención integral a las víctimas

113. *Componentes.* Independientemente de la fuente de conocimiento de los hechos de violencia sexual y del procedimiento penal aplicable, la FGN tiene la obligación fundamental de promover las condiciones adecuadas para la participación de la víctima en el proceso penal, tal y como se dispone en el artículo 250 de la Constitución Nacional. Esto incluye las obligaciones de: 1) informar a las víctimas, acerca de sus derechos en el proceso penal, incluyendo sus derechos a recibir orientación, asesoramiento jurídico, asistencia técnica legal y representación judicial; 2) remitir a las víctimas a las instituciones que puedan prestarles los servicios más adecuados a sus necesidades; y 3) activar las rutas de salud y protección necesarias para garantizar los derechos a la vida y a la seguridad personal de las víctimas y su núcleo familiar. Todo esto teniendo en cuenta su pertenencia a distintos grupos de protección constitucional reforzada.

Componente de la atención integral a víctimas # 1: La orientación inicial

114. *Fundamento.* La orientación inicial para la garantía de los derechos de las víctimas que participan en el proceso exige, por un lado, de adecuaciones estructurales y de personal en los centros de atención de la FGN, así como del seguimiento de pautas para informar

¹³¹ Se destacan los siguientes espacios interinstitucionales: Comité Interinstitucional para la Lucha contra la Trata de Personas; Comité Interinstitucional Consultivo para la Prevención de la Violencia Sexual y Atención Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas del Abuso Sexual¹³¹; Comité de seguimiento a la implementación y cumplimiento de la Ley 1257 de 2008 y a la Ley 1719 de 2014¹³¹; Comité Nacional Interinstitucional para la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes¹³¹; y Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM).

¹³² Vale la pena tener en cuenta que las grabaciones de videos de cámaras de vigilancia suelen borrarse periódicamente, por lo que es necesario recaudarlas a la brevedad posible.

a las víctimas sobre sus derechos, las herramientas a las que pueden acceder y las dinámicas propias de la investigación y el proceso penal.

115. *Adecuaciones estructurales y de personal.* La orientación eficiente a víctimas de violencia sexual tiene que ver con una serie de recursos de los cuales deben disponer las direcciones seccionales a fin de poder adecuar los procedimientos a las necesidades específicas y condiciones diferenciales de las personas que deben recibir y comprender toda la información correspondiente a sus derechos y las especificidades de su participación en el proceso penal. De allí que los directores seccionales deban procurar:
- a. Disponer de personal capacitado en la atención de víctimas de violencia sexual, para asesorarlas y asistirles adecuadamente.
 - b. Disponer de personal formado en asistencia, protección y garantía de los derechos de personas en condición de discapacidad.
 - c. Procurar disponer de traductores o intérpretes que puedan prestar un servicio gratuito cuando la víctima no hable español.
 - d. Procurar que el personal responsable de la orientación a la víctima, sea especializado e interculturalmente sensibilizado con las costumbres y/o condiciones culturales diversas de las víctimas, a fin de asegurar un trato adecuado a las personas pertenecientes a pueblos o comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales o rom.
 - e. Capacitar al personal de seguridad y recepción, que constituye el primer contacto con la FGN, en estándares para la atención a víctimas de violencia sexual a partir de un trato respetuoso y garantista.
 - f. Disponer de una base de datos de organizaciones no gubernamentales en la región que puedan prestar diversos servicios para víctimas de violencia sexual. Dicha base de datos puede constituirse en un insumo importante para la orientación que los funcionarios den directamente a las víctimas, ya que facilita la exigibilidad de derechos, recibir los distintos servicios que éstas ofrecen y vincularse a iniciativas colectivas. Para conocer y recopilar información sobre estas organizaciones, puede acudir a las mesas municipales, distritales o departamentales de víctimas, en donde convergen diversas organizaciones defensoras de los derechos de esta población. También puede solicitarla en las defensorías regionales o en entes de gobierno encargados del tema de género (por ejemplo, secretarías de la mujer) o de participación social.
 - g. Disponer de información acerca de los hospitales e instituciones de salud de la ciudad, municipio o región donde se encuentra, a los cuales pueda remitir a las víctimas. Mantener una lista actualizada con números de contacto y direcciones.
116. *Medidas a tener en cuenta cuando las direcciones seccionales cuentan con modelos de atención especializados.* En algunas fiscalías seccionales se encuentran los modelos de atención especializados que funcionan mediante una gestión interinstitucional e interdisciplinaria dirigida a garantizar la permanente, oportuna y eficaz atención integral a las víctimas de violencia sexual y/o intrafamiliar así como otras formas de

violencia basadas en género, a través de atención en las áreas psicológica, social, jurídica, médico-legal e investigativa. Estos modelos localizados en algunas direcciones seccionales son: i) el Centro de Atención Penal Integral a Víctimas – CAPIV; ii) el Centro de Atención e Investigación Integral a las Víctimas de Delitos Sexuales- CAIVAS; iii) el Centro de Atención e Investigación Integral contra la Violencia Intrafamiliar- CAVIF; y iv) El Centro de Atención a Víctimas – CAV. A fin de que las víctimas puedan hacer un uso óptimo de los servicios integrales dispuestos mediante estos modelos de atención, a nivel directivo se debe asegurar la difusión de información acerca de la especialidad de los Centros de Atención disponibles y horarios de atención en medios electrónicos y lugares visibles de la sede seccional. Así mismo asegurar su correcta y oportuna actualización en caso de cambios. También se debe instruir al personal de seguridad y recepción sobre la especialidad de los Centros de Atención para que puedan orientar a las víctimas hacia las rutas que les permitan hacer uso de sus servicios.

117. *Pautas para la orientación de las víctimas.* Independientemente de las adecuaciones estructurales y de personal de la entidad, el equipo de investigación debe garantizar que la víctima conozca sus derechos¹³³, informar sobre las implicaciones de la investigación y el proceso penal, establecer un enlace que sirva para que la víctima informe sobre riesgos de seguridad, suministro de nueva evidencia y demás aspectos relacionados con su participación en el proceso. Estas mismas pautas deben seguirse cuando se trata de fuentes de conocimiento de los hechos distintas a la denuncia de la víctima. En todos los casos, los funcionarios de la FGN, en la orientación a víctimas, deben seguir los criterios de enfoque diferencial y hacer uso de los recursos técnicos y humanos de los que dispongan las direcciones seccionales (traductores, interpretes, psicólogos, etc.).

Componente de la atención integral a víctimas # 2: Remisión a otras entidades

118. *Fundamento.* La atención psicológica y médica de la víctima, así como su asesoramiento legal y protección son acciones fundamentales para asegurar una adecuada atención. Por esto, para cumplir adecuadamente con su función, los servidores de la entidad que reciben denuncias de violencia sexual están en la obligación de remitir las víctimas a las instituciones que puedan prestarles los servicios más adecuados a sus necesidades para su atención en salud, su representación legal y su acceso a medidas de protección, tal como se plantea en las secciones subsiguientes. El fiscal al cual le sea asignado el caso debe verificar que estas remisiones han sido realizadas eficientemente y de lo contrario emitir las respectivas solicitudes de atención a las entidades pertinentes.
119. *Oportunidad.* Aunque generalmente estas remisiones se realizan durante la recepción de la denuncia, estos procedimientos no se circunscriben a ese momento, sino que es posible que sean necesarios en distintas etapas del proceso penal de acuerdo a las necesidades y circunstancias específicas de las víctimas.

¹³³ Los derechos de las víctimas de violencia sexual están resumidos en la introducción de este protocolo. Incluyen lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, el artículo 8 de la Ley 1257 de 2008, el artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 y el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014.

120. *Remisión de expedientes e información.* Es importante resaltar que las remisiones de víctimas a otras entidades deben contar con su consentimiento informado, lo cual implica brindarle toda la información acerca de su utilidad y sus posibles implicaciones, así como permitirle a la víctima decidir si desea que sus datos sean también enviados a otras entidades encargadas de su atención. Lo ideal es poder compartir la mayor cantidad de información ya recaudada con otros profesionales intervinientes en el proceso de atención integral a víctimas, según su competencia y respetando la reserva legal que corresponda, para evitar que la víctima tenga que volver a narrar los hechos.
121. *Registro de datos importantes.* Además de los datos solicitados en el Formato de remisión (FGN-50000-F-06), el funcionario encargado debe incluir:
- Si se trata de una mujer, un NNA, una víctima cobijada por la Ley 1448 de 2011, o una persona perteneciente a una minoría étnica u otras condiciones diferenciales de la víctima.
 - Datos de contacto de la víctima y registro de entrevista, previa verificación de su consentimiento para suministrar tales datos.
 - Consideraciones acerca del estado psicológico de la víctima.

Componentes de la atención integral a víctimas # 2.1: Atención en salud

122. *Finalidad.* El servidor con funciones de policía judicial debe efectuar las remisiones que correspondan al sector salud, a fin de asegurar la atención inmediata e integral en salud física, mental, sexual y reproductiva (incluyendo el acceso a la interrupción del embarazo cuando la víctima así lo decida). Con estas remisiones, también debe solicitar el envío de los registros que se hagan con posterioridad a la atención suministrada y que puedan contener datos relevantes para la investigación¹³⁴. Estas remisiones pueden efectuarse a una entidad de salud pública o privada, dependiendo de la disponibilidad local.
123. *Remisión de casos de violencia sexual no recientes.* La remisión al sector salud de casos reportados con mucha posterioridad (meses o años) a su ocurrencia puede ser pertinente. Generalmente cuando procede esta remisión, está orientada a la atención en salud mental (a través del Programa de Atención Psicosocial y Salud Integral a Víctimas¹³⁵ en caso de víctimas del conflicto o de servicios de psicología en centros de salud, para otras víctimas), al tratamiento de enfermedades de transmisión sexual (ETS) u otras secuelas de los hechos violentos que requieran de atención médica y/o tratamiento.
124. *Acompañamiento a las víctimas en la remisión.* Siempre que la víctima exprese su consentimiento y en la medida de las posibilidades locales, el funcionario debe

¹³⁴ Para más información acerca de la obtención de EMP y EF a través de procedimientos realizados en entidades de salud o remisiones al INMLCF, ver Capítulo 3 de este protocolo, sección “Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos# 2: Valoración médico-forense”, párrs. 170 y ss.

¹³⁵ Para conocer las especificaciones y rutas del PAPSIVI, seguir el siguiente link: https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Victimas_PAPSIVI.aspx.

acompañarla a la institución de salud (o, de no ser posible, comunicarse telefónicamente), para poder transmitir la información pertinente sobre el caso y procurar su atención priorizada. También debe informar a la víctima acerca de su derecho a escoger el sexo del médico que practicará el examen dentro de las posibilidades ofrecidas por el servicio¹³⁶. Para facilitar esta remisión el funcionario puede hacer uso de las listas de centros de salud locales disponibles en las direcciones seccionales.

125. *Articulación con el sector salud.* Además de la remisión al sector salud, la FGN debe articular sus funciones adecuadamente con el sector salud. Para ello la dirección seccional competente debe:

- Participar en los comités locales intersectoriales creados en los municipios para la articulación entre las entidades de los sectores justicia, protección y salud, a fin de definir rutas de atención integral, de acuerdo con la capacidad institucional local; y
- Promover la coordinación interinstitucional con las regionales del INMLCF para que éstas brinden apoyo técnico en las capacitaciones impartidas a profesionales del sector salud sobre la aplicación del kit de violencia sexual y la toma de muestras forenses.

Componentes de la atención integral a víctimas # 2.2: Apoyo y representación legal

126. *Garantía de participación de las víctimas como intervinientes en el proceso penal*¹³⁷. La participación de las víctimas en la investigación y en el proceso penal es independiente de la actuación de la FGN y debe garantizarse en todas las etapas¹³⁸. Todas las víctimas tienen derecho a su representación legal y para esto pueden hacer uso de un abogado escogido por ellas o de un defensor público. Los fiscales y la policía judicial que interactúen con las víctimas deben informarles sobre su derecho a recibir orientación, asesoría, asistencia técnica legal y representación legal especializada y gratuita¹³⁹.

127. *Defensa pública.* Cuando no cuenten con un abogado para su representación legal, las víctimas tienen derecho a ser asistidas por un defensor público¹⁴⁰. Mediante programas

¹³⁶ Artículo 8 de la Ley 1257 de 2008.

¹³⁷ Consulte algunas de las siguientes sentencias que hacen referencia al contenido y alcance de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas procesales, de forma autónoma y no subordinada a la actuación de la Fiscalía: Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 07 junio de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia C-516 del 11 julio de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional. Sentencia C-782 del 10 de octubre de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silvey. Corte Constitucional. Sentencia C-438 del 10 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

¹³⁸ “El derecho de acceso a la justicia comprende así la garantía de la víctima de intervenir en el proceso desde sus mismos inicios”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Radicado n° 63698. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

¹³⁹ “Aunque en esta fase de indagación e investigación, no se practican “pruebas” en sentido formal, sí se recaudan importantes elementos materiales de prueba relacionados con el hecho y la responsabilidad del imputado o acusado, que deberán ser refrendados en la fase del juicio. Es evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”. Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 07 de junio de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴⁰ Artículo 11, literal h de la Ley 906 de 2004.

especializados, normas posteriores y especiales se le ha asignado al Sistema Nacional de Defensoría Pública la función de asistencia técnica legal especializada para: las mujeres víctimas de violencias¹⁴¹; los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos¹⁴²; y las víctimas de hechos cometidos en el marco del conflicto armado¹⁴³.

128. *Procedimiento de remisión de la víctima a la Defensoría del Pueblo.* La representación judicial a través del servicio de Defensoría Pública puede concretarse mediante las siguientes acciones:
- a. Informar a la víctima y a sus familiares acerca de sus derechos a recibir orientación, asesoramiento jurídico, asistencia técnica legal y representación judicial a través del servicio de Defensoría Pública.
 - b. Si la víctima manifiesta su interés en acceder al servicio de Defensoría Pública, remitir el caso a la Defensoría del Pueblo Regional respectiva, mediante el envío de un oficio de solicitud de designación de un representante judicial de víctimas.
 - c. Entregar a la víctima copia del oficio remitido a la Defensoría del Pueblo e informarle acerca de los datos de localización y de contacto para que ella pueda dirigirse a esa Entidad.
 - d. Suministrar a la víctima los datos de contacto del defensor(a) público(a) designado(a) por la Defensoría del Pueblo según lo que esta entidad haya comunicado.
 - e. Mantener comunicación constante con el (la) representante judicial de la víctima y garantizar su acceso a la información sobre el avance de la investigación y sobre su participación en las diferentes etapas procesales, sin perjuicio de las solicitudes que la víctima pueda formular directamente.

Componentes de la atención integral a víctimas # 2.3: Protección

129. *Obligación estatal de protección.* Esta obligación conlleva la implementación de mecanismos para garantizar los derechos a la vida y a la seguridad personal de las víctimas, en situaciones de riesgo o de amenaza¹⁴⁴. Involucra igualmente el deber de crear las condiciones necesarias para el ejercicio de otras garantías fundamentales como la libertad y la integridad psíquica, física y moral, a través de medidas de protección frente a acciones, omisiones o prácticas violentas. La obligación de protección se refuerza para las mujeres, los NNA y las personas en condición de discapacidad, para quienes está consagrado expresamente el “derecho a una vida libre de violencias”¹⁴⁵ y a “no ser objeto de ninguna forma de violencia”¹⁴⁶. La protección

¹⁴¹ Ley 1257 de 2008.

¹⁴² Ley 1098 de 2006.

¹⁴³ Ley 1448 de 2011 y Decreto Ley 4633 de 2011.

¹⁴⁴ Artículos 2, 11 y 44 de la Constitución Política de 1991; Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 9 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 4 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención Belém do Pará.

¹⁴⁵ Artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención Belém do Pará (1994). Ver también: Ley 1257 de 2008.

¹⁴⁶ Artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño (1989); Observación General 13 del Comité de los Derechos del Niño (2011); y Ley 1098 de 2006.

es una condición necesaria para la garantía del acceso a la justicia, teniendo en cuenta los riesgos derivados de la victimización¹⁴⁷, así como de la denuncia, la judicialización y la participación en el proceso penal. Esta obligación comprende tanto las medidas adoptadas en el marco de programas de protección como las medidas estipuladas por la Ley 1257 de 2008, las cuales no son excluyentes¹⁴⁸.

130. *Medidas de protección estipuladas en la Ley 1257 de 2008.* Para el caso de víctimas de violencia sexual, estas medidas son aplicables tanto en casos de violencia intrafamiliar como en otros contextos. Estas pueden ser ordenadas por comisarias de familia, jueces civiles o promiscuos, o autoridades indígenas de acuerdo a su competencia. Incluyen medidas inmediatas para evitar agresiones inminentes contra la víctima y su núcleo familiar¹⁴⁹.
131. *Parámetros generales para garantizar el derecho a la protección.* La FGN debe tener en cuenta ciertas pautas y condiciones para la activación de los diferentes programas de protección y la adopción de otras medidas establecidas en la Ley 1257 de 2008:
- a. Las víctimas tienen derecho a solicitar medidas de protección inmediatas, eficaces e idóneas directamente o por medio de su representante legal o el (la) defensor(a) de familia en caso de NNA.
 - b. La FGN debe dar trámite a las peticiones de protección y adoptar las medidas respectivas, en el marco de su competencia. Todo ello debe hacerlo teniendo en cuenta las necesidades y condiciones diferenciales de la víctima, su grupo familiar, sus dependientes y su comunidad según el caso¹⁵⁰. Estas medidas deben brindarse sin necesidad de agotar una evaluación técnica de riesgo¹⁵¹, procediendo incluso antes de formular la denuncia¹⁵².
 - c. Las medidas de protección pueden ser concertadas con las víctimas en algunos programas. En otros, por razones de seguridad, las medidas de protección son decididas por investigadores expertos. En todos los casos, las medidas adoptadas requieren seguimiento periódico.
 - d. Las medidas de protección deben evitar irrumpir la vida cotidiana de las víctimas y generar procesos adicionales de sufrimiento y ruptura del proyecto de vida o separación del grupo familiar. Sin embargo, en algunos programas, por razones de seguridad, es necesario restringir algunos derechos de las personas protegidas.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Auto 092 de 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-496 del 16 de mayo de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴⁸ Artículo 22, numeral 9 de la Ley 1719 de 2014.

¹⁴⁹ Artículos 16, 17 y 18 de la Ley 1257 de 2008.

¹⁵⁰ Ver el catálogo no taxativo de medidas y criterios previstos en la Ley 1257 de 2008; Decreto 4799 de 2011 y Decreto Ley 4633 de 2011. En específico, cuando se trate de víctimas del conflicto armado pertenecientes a poblaciones étnicas, la FGN tendrá en cuenta los criterios y medidas diferenciales establecidos en la normatividad especial estipulada en los Decretos leyes 4633, 4634 y 4635 de 2011 en desarrollo de la Ley 1448 de 2011.

¹⁵¹ Ley 1719 de 2014; Ley 1257 de 2008, y Decreto 4799 de 2011.

¹⁵² Ver Artículo 22, numeral 6 de la Ley 1719 de 2014. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-234 del 21 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- e. Independientemente del programa de protección aplicable, otras medidas de protección pueden propender por reforzar las redes sociales, comunitarias y culturales de apoyo, que no estén vinculadas con el agresor.
- f. Cuando proceda, las medidas de atención a cargo del sistema de salud dispuestas en el Artículo 19 de la Ley 1257 de 2008¹⁵³, referentes al alojamiento, alimentación y transporte de las mujeres y NNA víctimas, deben ajustarse a las condiciones establecidas por el programa de protección en el cual se encuentre la víctima¹⁵⁴.
- g. Cuando se trate de una solicitud de protección para una víctima NNA que no cuente con familiares o representantes legales, la FGN debe remitir una solicitud al ICBF para el inicio del procedimiento de restablecimiento de derechos que corresponda¹⁵⁵.
- h. Al solicitar medidas de protección el (la) fiscal a cargo debe informar a la autoridad competente sobre:
 - El contexto de riesgo y de necesidades de protección de la víctima, a partir de un enfoque diferencial¹⁵⁶, así como la concurrencia de otras victimizaciones.
 - Las situaciones y barreras específicas que obstaculizan la participación de la víctima en el proceso y que permitan establecer la existencia de amenazas extraordinarias o extremas.
 - Las organizaciones que acompañan a la víctima, así como sobre su grupo familiar y comunidad.
 - La coexistencia de medidas cautelares otorgadas por la CIDH.

132. *Programas o medidas de protección para víctimas de violencia sexual.* Existen distintos programas de protección a los cuales el (la) fiscal y su equipo de trabajo pueden remitir a las víctimas de acuerdo a su situación de riesgo, a la naturaleza de los hechos y a sus condiciones de riesgo o amenaza. Dichos programas se sintetizan a continuación:

Programa de protección a Víctimas y Testigos¹⁵⁷

133. *Descripción.* Este programa es ejecutado por la Dirección Nacional de Protección y Asistencia (DNPA) de la FGN y consta de medidas de protección que van desde la incorporación (acogida temporal en una sede provista por la DNPA y sometimiento a esquemas de seguridad) hasta la reubicación social definitiva¹⁵⁸. Además, el programa brinda beneficios de atención integral como: asistencia psicológica, atención médica, asistencia odontológica, traslado, orientación, expedición de documentos, entre otro tipo de apoyos.

¹⁵³ Reglamentadas por el Decreto 2734 de 2012.

¹⁵⁴ Ver parágrafo del Artículo 5 del Decreto 2734 de 2012.

¹⁵⁵ Decreto 4912 de 2011 y Ley 1098 de 2006.

¹⁵⁶ Ver sección "C. Enfoque diferencial" del Capítulo 1 de este protocolo, párrs. 31 y ss.

¹⁵⁷ El Programa de protección a Víctimas y Testigos de la FGN se rige por la Resolución 05101 de 2008.

¹⁵⁸ La reubicación se refiere a la salida del beneficiario del lugar de riesgo y su traslado inmediato a otra zona del territorio nacional definida por el Programa. Con el fin de que la persona pueda establecer su residencia y continuar su plan de vida, el Programa le asigna además una ayuda económica.

134. *Condiciones para la solicitud:* Las víctimas de violencia sexual pueden aplicar a este programa incluso antes de la denuncia penal y su asignación no debe estar supeditada a la efectiva participación de la víctima en el proceso penal¹⁵⁹. Así mismo, las medidas incluidas dentro de este programa de protección, por extensión, deben amparar también al núcleo familiar de la víctima, a personas a su cargo o a aquellas personas cuya relación directa con la víctima genere situaciones de amenaza o riesgo.
135. *Orientación a la víctima y solicitud de la activación del Programa.* En aplicación de lo dispuesto por el Artículo 22 de la Ley 1719 de 2014 corresponde al fiscal del caso orientar a la víctima sobre el programa de protección al que puede aplicar y solicitar a la DNPA la revisión del caso y activación de las medidas de protección. Así mismo, la petición a la DNPA puede provenir de la víctima o del testigo, de los servidores con funciones de policía judicial, del juez de control de garantías, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo o de otro servidor público.
136. *Requisitos para el acceso y permanencia en el Programa.* Para acceder y permanecer en el programa de protección a testigos hay que tener en cuenta lo siguiente: a) que la protección de la víctima no sea responsabilidad de ningún otro organismo de protección estatal; b) contar con el consentimiento expreso del (la) beneficiario(a) puesto que estar vinculado a este programa implica un cambio de vida, nuevas situaciones y normas; y c) cumplir con las normas de seguridad y convivencia establecidas por el Programa.

Programa de protección de Justicia Transicional

137. *Descripción.* Este programa es ejecutado conjuntamente entre la DNPA de la FGN, la Policía Nacional, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas. Se encuentra dirigido a proteger y salvaguardar la vida e integridad de víctimas y testigos de hechos ocurridos en el marco del conflicto armado que deban ser judicializados a través de la Ley de 975 de 2005.
138. *Procedimiento para la aplicación.* La solicitud de protección puede hacerse por parte de cualquier funcionario que tenga conocimiento del hecho o por la víctima en la oficina más cercana de la DNPA de la FGN.

¹⁵⁹ A partir de la labor institucional encomendada a la DNPA –mediante el Programa de Protección y Asistencia, dando cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1719 del 2014 y al Auto 009 de 27 de enero de 2015, expedido por la Corte Constitucional, se han modificado los procedimientos frente al ingreso a los programas de protección para las víctimas de violencia sexual dentro y fuera del conflicto armado. En estos programas se hace énfasis en que las medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, incluso antes de formular una denuncia penal, y en que dichas medidas no pueden estar sujetas a la realización de un análisis de riesgo y/o eficacia procesal. Ver Artículo 22, numeral 6 de la Ley 1719 de 2014. Consultar también: Corte Constitucional. Sentencia T-234 del 21 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

139. *Etapas del programa.* Su procedimiento consta de varios pasos: 1) Medidas preventivas¹⁶⁰ y/o asistencia inicial¹⁶¹ activadas por parte de la Policía Nacional; 2) Evaluación y calificación del riesgo; 3) Determinación y ejecución de medidas de protección temporales o permanentes; 4) Evaluación semestral para determinar si se mantiene, modifica o suprime la medida de protección establecida; y 5) Terminación de la protección de acuerdo a las causales previstas por el programa¹⁶².

Programa de protección del Ministerio del Interior (MI) y de la Unidad Nacional de Protección (UNP).

140. *Descripción.* Este programa está dirigido a personas en situación de riesgo extraordinario o extremo como consecuencia directa del ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias¹⁶³. De allí que aplica a víctimas de violencia sexual que sean: dirigentes de grupos políticos y de oposición, defensores(as) de derechos humanos, sindicalistas, dirigentes o activistas de grupos gremiales, dirigentes o miembros de grupos étnicos, miembros de la misión médica, testigos o víctimas de violaciones a los DDHH y al DIH, periodistas o comunicadores sociales, servidores o ex servidores públicos con responsabilidad en derechos humanos, dirigentes de grupos armados desmovilizados en los años de 1994 y 1998, dirigentes de los partidos Unión Patriótica (UP) y Partido Comunista Colombiano (PCC), apoderados de procesos judiciales por violaciones de DDHH y DIH y/o docentes.
141. *Información entregada por la FGN sobre este programa.* Si por su calidad y situación de riesgo, la víctima puede acceder al programa de protección de la UNP, el (la) fiscal debe informarle, cómo, dónde y ante quién puede dirigirse para solicitar el acceso a dicho programa, entregándole copia de la denuncia¹⁶⁴. También debe suministrar la información que la UNP requiera para los efectos de la evaluación de riesgo y entregar los insumos necesarios para la oportuna participación del delegado(a) de la FGN en las sesiones del Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM). Si corresponde, también debe brindar información sobre la posibilidad de presentar una solicitud para que el caso sea evaluado por el CERREM de Mujeres, el cual tiene la capacidad de asignar medidas complementarias respecto de la garantía de la salud, la seguridad social, el bienestar, el acceso a la educación, entre otras¹⁶⁵.

¹⁶⁰ “Las medidas preventivas consisten en las medidas de orden perimetral y/o residencial otorgadas respecto al entorno de la víctima o testigo solicitante y su núcleo familiar [como:] autoprotección, rondas y /o revistas policiales”. *Programa de protección a víctimas y testigos de Ley Justicia y Paz* (2013) Bogotá: Min Interior- FGN/ Unidad para la atención y reparación integral a víctimas - Defensoría del Pueblo – Procuraduría General de La Nación- Dirección de Protección y Servicios Especial de la Policía Nacional, pág. 7.

¹⁶¹ La asistencia inicial dentro del Programa de protección a víctimas y testigos de Ley Justicia y Paz “contempla satisfacer necesidades de la víctima, testigo o solicitante y su núcleo familiar en materia de seguridad, hospedaje, alimentación, aseo, transporte, asistencia médica básica”. *Ibid.* pág. 8.

¹⁶² El Programa podrá terminar el suministro de medidas de protección cuando: haya una disminución en el nivel de riesgo a nivel ordinario, por renuncia voluntaria del beneficiario, por la ejecución de una medida de reubicación definitiva, cuando el protegido sea cobijado por una medida de privativa de la libertad, por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas con el Programa.”. *Ibid.* pág. 9.

¹⁶³ Para obtener más información acerca de la Unidad Nacional de Protección, seguir el link a continuación: <http://www.unp.gov.co/quehacemos>.

¹⁶⁴ Ley 1719 de 2014.

¹⁶⁵ Ver: Artículo 3, literales b y c; Artículo 5 y Artículo 7 de la Resolución 0805 del 14 de mayo de 2012.

Capítulo 3

Indagación e investigación de delitos de violencia sexual

142. *Contenido.* Este capítulo incluye lineamientos y buenas prácticas para el desarrollo de la investigación penal por hechos de violencia sexual. Brinda pautas a la Policía Judicial y a los (las) fiscales que investigan este tipo de casos acerca de: 1) las reglas generales en la recolección de evidencia; 2) el procedimiento para realizar actos de investigación; y 3) los actos de investigación, útiles y pertinentes, en los casos de violencia sexual.

A. Reglas generales para la recolección de evidencia:

143. *Ampliar los medios de prueba.* Es importante recordar que los medios de prueba de delitos de violencia sexual pueden ser obtenidos de una amplia gama de fuentes, no sólo de la víctima. Estos pueden dar pie a pruebas testimoniales, materiales, periciales, presenciales, referenciales y documentales¹⁶⁶. Es útil recolectar elementos de prueba referidos no sólo al hecho específico de violencia sexual, sino también a las circunstancias que determinaron su comisión y su contexto¹⁶⁷, sus antecedentes, los impactos en la víctima, en su familia o en su comunidad¹⁶⁸, así como otras circunstancias que puedan resultar relevantes.
144. *Garantizar la participación de la víctima y de su representante en la actividad probatoria.* El equipo de investigación debe garantizar condiciones adecuadas, de respeto, dignidad y confianza, para la participación de la víctima y de su representante en las actividades probatorias en que se les requiera. Dicho equipo debe brindarle información acerca del alcance y las limitaciones de los elementos de prueba recaudados, permitiéndole valorar autónomamente el proceso de investigación y balancear sus expectativas¹⁶⁹.
145. *Establecer la comisión del delito y la responsabilidad penal.* Es fundamental que las actividades investigativas focalicen la atención en establecer la existencia del delito e identificar a sus autores y partícipes. Así, el foco de la investigación no debe ser cuestionar la credibilidad de la víctima.

¹⁶⁶ Una explicación más completa sobre cada uno de estos tipos de pruebas podrá encontrarse la sección “Análisis de los medios probatorios” del Capítulo 5 de este protocolo, párrs. 267 y ss.

¹⁶⁷ Para conocer herramientas analíticas útiles a la investigación de violencia sexual en contexto, que podrían guiar la selección y ejecución de los actos de investigación, ver “Cartilla 5: Herramientas analíticas para la investigación y ejercicio de la acción penal” en: *Caja de Herramientas: guía práctica para la priorización*. 2015. Bogotá: FGN.

¹⁶⁸ A fin de aportar al conocimiento de los hechos, contrastar informaciones, tener una visión más global, reconstruir la historia colectiva y documentar posibles impactos comunitarios de hechos de violencia sexual ocurridos en escenarios colectivos, como en el marco de masacres o desplazamientos forzados colectivos, es posible acudir a técnicas que recojan las narrativas comunitarias, por ejemplo, a través de grupos focales o entrevistas colectivas facilitados por un perito experto que pueda posteriormente presentar los resultados de esta experiencia como prueba en el juicio. Estas narrativas podrían también estar presentes en documentos de memoria histórica o ser expresadas por testigos. Para más información sobre estas técnicas de recolección de narrativas comunitarias y su utilidad en el marco de la investigación de graves violaciones a los derechos humanos ver: Beristain, C. (2010) “El trabajo con grupos en la investigación” en: *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*. España: Instituto Hegoa - UPV/EHU, págs. 183-192

¹⁶⁹ Al informar a la víctima acerca del proceso judicial, incluyendo los contratiempos, la FGN le permite valorar autónomamente el proceso, la empodera. Ver: Oregon Attorney General’s Sexual Assault Task Force (2009) *SART Handbook*. Version III, Oregon: Office on Violence against Women, U.S. Department of Justice, pág. 48.

146. *Recolección oportuna de evidencia en materia de violencia sexual.* La recolección oportuna de evidencia previene la pérdida de los elementos de prueba disponibles al momento del conocimiento de los hechos y aumenta las posibilidades de esclarecer lo ocurrido e identificar a los responsables. Para garantizar la oportunidad y pertinencia de la recolección de evidencia es fundamental el desarrollo de un programa metodológico detallado que sirva como guía de la investigación y permita adecuar las órdenes de trabajo a objetivos concretos¹⁷⁰. Todo ello, además, contribuye a disminuir los efectos revictimizantes del proceso penal¹⁷¹.
147. *Clasificación de actos de investigación.* Los actos de investigación útiles y pertinentes para adelantar una investigación exitosa sobre la ocurrencia de casos de violencia sexual pueden dividirse en aquellos relacionados con la víctima y otros testigos, y aquellos que se refieren a la escena de los hechos y al análisis de otros elementos materiales. Finalmente, pueden ordenarse actos de investigación referidos al presunto perpetrador.

B. Procedimiento para la realización de actos de investigación e indagación

148. *Ejecutores y solicitantes de los actos de investigación.* Los distintos actos de investigación que pueden realizarse durante la indagación, o una vez se ha hecho la imputación, pueden ser producto de la iniciativa de un funcionario de policía judicial, por orden de un fiscal, o requerir una autorización judicial previa o posterior a su realización. El siguiente cuadro organiza los actos de investigación e indagación que pueden practicarse en el marco de una investigación de delitos de violencia sexual.

¹⁷⁰ Para más detalles acerca de la construcción del programa metodológico y sus componentes, ver sección: "Investigación integral en casos de violencia sexual" del Capítulo I de este protocolo, párrs 64 y ss.

¹⁷¹ Algunas "Recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual" son expuestas en el Artículo 19 de la Ley 1719 de 2014.

149. Cuadro resumen actos de indagación e investigación¹⁷²

Por iniciativa propia de la policía judicial y control posterior del fiscal	Por orden previa del fiscal y control posterior del juez de garantías	Actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización	Otras actuaciones posibles en la indagación
Valoración médico-forense o psicológica a víctimas, cuando ellas o su representante legal manifiesten por escrito su consentimiento libre e informado. Entrevistas judiciales a presuntas víctimas o testigos presenciales de un delito de violencia sexual. Inspección al cadáver. Interrogatorio al indiciado. Inspección al lugar del hecho y a lugares distintos al del hecho. Identificación, recolección, embalaje técnico de EMP y EF. Búsqueda y cotejo de datos registrados en bases mecánicas o magnéticas de información de acceso público, u otras similares.	Registros y allanamientos. Retención, examen y devolución de correspondencia. Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares. Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes. Vigilancia y seguimiento de personas. Vigilancia de cosas. Análisis e infiltración de organización criminal. Actuación de agentes encubiertos. Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.	Inspección corporal. Registro personal¹⁷³. Obtención de muestras que involucren al imputado. Búsqueda selectiva en base de datos¹⁷⁴.	Métodos de identificación: perfil genético presente en el ADN; carta dental y huellas digitales, por sus características morfológicas; reconocimiento por medio de fotografías o videos; reconocimiento en fila de personas; declaración jurada de testigos o informantes¹⁷⁵. Afectación de bienes. Incautación u ocupación de bienes. Devolución y destrucción de bienes.

¹⁷² Este cuadro fue retomado y adaptado de: Fiscalía General de la Nación (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Colombia. pág. 72. Recuperado el 18 de octubre de 2015: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>.

¹⁷³ Artículo 248 de la Ley 906 de 2004.

¹⁷⁴ Artículo 244 de la Ley 906 de 2004; Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷⁵ “Las declaraciones juradas no son prueba, por no haberse practicado con sujeción al contrainterrogatorio de las partes, pero puede ser utilizada en el juicio para impugnar credibilidad al testigo”. Fiscalía General de la Nación (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Colombia. pág. 64. Recuperado el 18 de octubre de 2015: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>.

C. Actos de investigación relacionados con la víctima y otros testigos

150. *Consideraciones generales.* Los actos de investigación relacionados con la víctima y otros testigos son importantes, pero no los únicos que deben realizarse. A continuación algunas advertencias que deben ser tenidas en cuenta por el equipo de trabajo para su realización:

- a. El peso de la actividad probatoria nunca debe recaer sobre la víctima de violencia sexual, por lo cual debe evaluarse con detenimiento cuál es la necesidad, conveniencia y pertinencia de cada acto de investigación que requiera su participación.
- b. El paso del tiempo puede afectar el recuerdo de la víctima y otros testigos, o su interés en apoyar el proceso penal. No es conveniente dejar transcurrir mucho tiempo para abordar a las víctimas y a los testigos una vez conocida la noticia criminal.
- c. La revisión de información en registros, diligencias anteriores, fuentes primarias o secundarias¹⁷⁶, antes de realizar cualquier acto de investigación, es útil para evitar la revictimización y lograr la colaboración de la víctima y posibles testigos. Esto permite comprender mejor los hechos y preparar la aproximación a la víctima. Es recomendable identificar algunos de los siguientes elementos:
 - La etapa de la vida de la víctima en que ocurrieron los hechos;
 - Las condiciones socioeconómicas de la víctima;
 - La pertenencia de la víctima a comunidades que hagan parte de dinámicas sociales de discriminación o vulneración (por orientación sexual, razones de raza, etnicidad, roles etc.);
 - La ocurrencia previa de hechos de violencia sexual sobre la víctima o miembros de su comunidad;
 - La ocurrencia de otros hechos de violencia como causa o como consecuencia de los hechos investigados;
 - La habilitación de medidas de prevención, atención o protección previas, por hechos relacionados con el caso;
 - Si hay o no hijos producto de la violencia sexual (u otras consecuencias, por ejemplo, enfermedades de transmisión sexual); y
 - Si el perpetrador hace parte del grupo familiar o convive con la víctima.

¹⁷⁶ Las fuentes primarias se refieren a la "información que da cuenta directa de los hechos y su contexto. Ejemplo inspección técnica a cadáver, testimonio de policía judicial que asistió la escena, registro del caso en los sistemas misionales, etc. [Mientras que las fuentes secundarias se refieren a la] información proveniente de personas y /o documentos que interpretan los hechos y el contexto pero no son fuente original de la información. Ejemplo: Informes de memoria histórica, notas de prensa, estadísticas institucionales, informes prestados por peritos, etc." ("Cartilla 5: Herramientas analíticas para la investigación y el ejercicio de la acción penal", en *Caja de Herramientas: Guía práctica para la Priorización*. Bogotá: FGN, págs. 15-16).

- d. En la mayoría de los actos de investigación y actuaciones que involucren a la víctima de violencia sexual es indispensable que su participación sea informada, libre y voluntaria¹⁷⁷. Este principio está encaminado a proteger la autonomía de la víctima, su dignidad, intimidad y libertad¹⁷⁸. Por esto, debe informarse a la víctima el alcance de la confidencialidad de lo declarado y de cualquier otro acto de investigación que la involucre, y no ejercer presión sobre ella para que acceda a participar en las diligencias respectivas. En caso de renuencia a participar en los actos de investigación, el equipo de trabajo tiene que observar el principio de debida diligencia y continuar la investigación de oficio.

Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 1: La Entrevista.

151. *Entrevista a víctimas de violencia sexual*¹⁷⁹. Este acto de investigación es un recurso para obtener información precisa y fiable sobre las personas responsables, posibles testigos, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrieron los hechos. Exige del entrevistador competencias para adecuar su comunicación con la víctima de acuerdo con las características del delito investigado, las particularidades de aquella y los recursos disponibles durante la diligencia. La entrevista puede tener lugar en distintos momentos de la investigación siempre que no se haya considerado pertinente su realización al momento de la denuncia; cuando se considere necesaria una ampliación de la denuncia; o bien cuando la recolección de EF y EMP arroje hallazgos que podrían ser explicados por la víctima¹⁸⁰.
152. *Entrevista a testigos de violencia sexual*. La declaración de testigos puede jugar un papel importante para establecer la ocurrencia de crímenes de violencia sexual. Es una alternativa en casos en los cuales la víctima no quiere ser entrevistada o presentar su testimonio en el juicio para sustentar los cargos. También puede corroborar lo dicho por la víctima y colaborar en la identificación de otras personas que puedan proveer

¹⁷⁷ En específico, en los actos de investigación relacionados a pericias médicas o forenses, esto se expresa en el principio de "consentimiento informado". Para ahondar en esta temática ver sentencias SU-337 del 12 de Mayo de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional. Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz; y Corte Constitucional. Sentencia T-65087 del 23 de octubre de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁸ Artículos 1, 12, y 16 de la Ley 599 de 2000. Este principio también está encaminado a proteger otros derechos de las víctimas previstos en la ley. Ver Artículo 8 de la Ley 1257 de 2008 y Artículo 136 de Ley 906 de 2004.

¹⁷⁹ Las entrevistas que se realizan dentro de las investigaciones de violencia sexual revisten unas características especiales y su práctica está regulada jurídicamente de acuerdo con los Artículos 205 y 206 de la Ley 906 de 2004; el Artículo 32, numeral 8 de la Ley 1448; el Artículo 13, numeral 9 de la Ley 1719 de 2014; y la Ley 1652 de 2013. Esta última está dirigida a reglamentar la práctica de entrevistas a personas menores de 18 años e indica que la entrevista deberá ser "realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la FGN entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado". Artículo 2, literal d de la Ley 1652 de 2013.

¹⁸⁰ En la sección de este protocolo sobre "Fuente de conocimiento # 1: La denuncia de la víctima" (párrs. 83 y ss.), se adelantaron ya algunos aspectos relevantes para este acto de investigación acerca de: i) la preparación previa en términos de adecuaciones del espacio, condiciones de privacidad y consideraciones en relación con las características particulares de la víctima (edad, etnicidad, orientación sexual, etc.); ii) la presentación del funcionario que aborda la diligencia, iii) la identificación preliminar de la víctima; y iv) la procura de condiciones de confianza y confidencialidad.

información útil a la investigación¹⁸¹. Siempre hay que proteger la identidad de los testigos. Así mismo, al hablar con testigos, sobre todo al tratarse de familiares de la víctima, es fundamental proteger la privacidad de aquella, evitando mencionar aspectos de los crímenes investigados y de su vida personal que puedan afectar su intimidad.

153. *Testigos de violencia sexual en el marco del conflicto armado*. La violencia sexual perpetrada en el marco del conflicto suele estar asociada a una finalidad específica en y para la guerra. Por lo general funciona como un ejercicio de dominación que utiliza las pautas de género socialmente establecidas o, en ocasiones, impuestas durante el conflicto armado, para expresar, demostrar o ejercer superioridad (la del actor en sí o la del grupo al que pertenece) sobre la víctima y la población¹⁸². De tal modo, la presencia de testigos de hechos de violencia sexual en el marco del conflicto (familiares, vecinos, etc.) puede estar relacionada con los fines perseguidos por los autores, como la humillación de miembros de grupos enemigos, el control social, la acción ejemplarizante, etc.
154. *Identificación de víctimas y testigos*. En el marco de una investigación oficiosa, la identificación de víctimas y de posibles testigos de hechos de violencia sexual es un primer paso importante. En los casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado, encontrar víctimas y testigos dispuestos a ser entrevistados es complicado por múltiples razones (dinámicas de desplazamiento forzado, vivienda en lugares apartados de la FGN, datos de contacto insuficientes o desactualizados). Frente a esto, el equipo investigativo puede considerar que las organizaciones sociales, de mujeres o de derechos humanos tienen presencia territorial, han realizado jornadas de denuncia y/o documentado información relevante acerca de las dinámicas locales¹⁸³. En este sentido, el equipo de trabajo puede apoyarse en la asistencia de estas organizaciones para: i) acceder a información relevante sobre el contexto y otros datos de los hechos, ii) identificar víctimas y testigos, y iii) contactar a estas personas a fin de entrevistarlas y solicitar su participación en el juicio. De contar con estas organizaciones¹⁸⁴ es primordial establecer relaciones de respeto y comprender que sus contribuciones al proceso son absolutamente voluntarias y que en muchos casos pueden generarles riesgos y amenazas a sus miembros. La FGN debe estar atenta a estas situaciones y brindar orientación acerca de los mecanismos de protección que pueden solicitar para garantizar su seguridad durante la participación en la investigación.

Antes de la entrevista

155. *Preparación del entrevistador*. El desarrollo de este acto de investigación empieza con quien es responsable de planificar, conducir y cerrar la entrevista. El modo en que desempeña su rol como entrevistador es clave para el éxito de la diligencia.

¹⁸¹ TPIR (2014) "Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda", párrs. 105-107, pág. 36.

¹⁸² Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (2009). *Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado*. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos, pág. 21.

¹⁸³ TPIR (2014) "Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda", párrs. 105-107, pág. 34-35.

¹⁸⁴ Ídem.

Preferiblemente, deben realizar esta actividad aquellos investigadores capacitados en técnicas de entrevistas y atención a víctimas de violencia sexual.

156. *Enfoque centrado en la víctima.* Para preparar la entrevista se debe observar desde el inicio el enfoque centrado en la víctima. Debe anteponerse la dignidad de la víctima y la garantía de sus derechos como fundamento para la toma del testimonio. En la redacción de las preguntas orientadoras que pueden guiar la entrevista es importante no emitir juicios sobre la conducta o condición de la persona entrevistada y no expresar dudas sobre la veracidad de su relato. En los casos de víctimas con algún tipo de discapacidad se deben realizar los ajustes necesarios¹⁸⁵.
157. *Medios de registro.* A fin de asegurar la utilización de la información recogida durante la entrevista como EMP, se deben preparar los medios a través de los cuales se hará el registro del procedimiento. El registro puede hacerse a través de videos, grabaciones de audio (grabadora o celular), o medios escritos¹⁸⁶. En tanto sea posible, y de acuerdo con las condiciones materiales del lugar de trabajo, es recomendable utilizar la Cámara Gessell para la entrevista a las víctimas cuando se trate de NNA. De lo contrario, se pueden seguir las instrucciones para la adecuación del espacio expuestas en el segundo capítulo¹⁸⁷ y procurar el registro en video u otro medio técnico o escrito. Tenga en cuenta que siempre que la entrevista sea registrada a través de un medio tecnológico (grabación de audio o video) se debe solicitar la autorización previa de la víctima, para lo cual el funcionario debe explicarle claramente los motivos por los cuales realiza la grabación.
158. *Preparar a la víctima para dar inicio a la entrevista.* Una vez se hayan seguido las recomendaciones anteriores, el entrevistador debe observar las siguientes pautas para abordar a la víctima antes de comenzar con la entrevista.
 - a. Presentarse ante la persona entrevistada y hacerle saber su calificación y experticia para realizar este tipo de procedimientos. Desde el comienzo de la diligencia el entrevistador debe actuar de forma profesional y objetiva, así como mantener una actitud cordial y respetuosa.
 - b. Brindar a la persona entrevistada una introducción acerca de la finalidad y desarrollo de la entrevista, así como contextualizar la diligencia en el marco del proceso penal. Desde el primer encuentro con la víctima, el entrevistador debe escuchar, responder sus inquietudes y evitar generar expectativas que no pueden cumplirse¹⁸⁸.
 - c. Informar a la víctima acerca de sus derechos durante el procedimiento y garantizar su consentimiento libre e informado. Esto es fundamental para que la información obtenida durante la diligencia pueda ser utilizada en juicio.

¹⁸⁵ Algunas recomendaciones de atención a víctimas con discapacidad se pueden consultar en: Unidad para las Víctimas (2015) *Guía de Atención a las personas con discapacidad en el acceso a la justicia*. Bogotá, D.C: Unidad para las Víctimas- Min. Justicia- Min. Salud- INMLCF- JCBF- Defensoría del Pueblo – INCI. [En línea] Recuperado el 15 de febrero de: <http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/guiaatenciondiscapacidad.pdf>

¹⁸⁶ Artículo 206 A de la Ley 906 de 2004.

¹⁸⁷ Ver consideraciones para la adecuación del espacio en la sección “Lineamiento # 1: Garantizar condiciones adecuadas en la recepción de la denuncia” del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 85 y ss.

¹⁸⁸ De ser necesario, considere las distintas opciones de remisión a otras entidades para atender de manera integral a las víctimas. Ver sección “Atención integral a víctimas” del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 115 y ss.

- d. Permitir a la persona entrevistada estar en control, tanto como sea posible, ofreciéndole opciones acerca de cómo realizar la diligencia (escogiendo el sexo del entrevistador, decidiendo si desea ser acompañada por alguien, aprobando a quien le servirá como intérprete, etc.). También indicarle que puede manifestar aquello sobre lo cual no quiera hablar, o detener la entrevista cuando lo considere necesario. Bajo ninguna circunstancia la persona entrevistada debe ser forzada a declarar sobre algún asunto.

Durante la entrevista

159. *Acciones recomendables.* Para realizar entrevistas a víctimas de violencia sexual es importante tener en cuenta lo siguiente: i) El entrevistador debe mantener una postura abierta (evitar cruzar brazos o manos, fruncir el ceño, dar la espalda, etc.), procurar el contacto visual, y asentir con gestos, sonidos afirmativos y frases de apoyo. Todo ello sirve para reiterar la disposición para escuchar y comprender; ii) Es útil disponer de hojas blancas, colores, marcadores y otros materiales para facilitar a la víctima expresar los hechos cuando tenga dificultad para hacerlo hablando; iii) Siempre es importante observar los gestos, la disposición corporal y las manifestaciones emocionales visibles de la víctima para ser empático y consciente de que las preguntas y actitud del entrevistador, así como la misma situación de entrevista, pueden generar una afectación emocional y psicológica adicional en la víctima; iv) Es importante reconocer que producto de una situación traumática de violencia las reacciones emocionales de las víctimas son variables, y el entrevistador debe ser sensible a ellas para brindar apoyo, valorar la necesidad de hacer pausas, detener la diligencia o hacer el enlace con profesionales de ayuda. Algunas víctimas pueden no manifestar física o emocionalmente su afectación y pueden reprimir sus sentimientos, lo cual no debe malinterpretarse como una señal de que están mintiendo¹⁸⁹; v) Durante una entrevista es preferible generar confianza que coerción. También es preferible escuchar que hablar, pues evita sustituir el relato de la víctima por los prejuicios o conclusiones del entrevistador.
160. *Acciones para evitar.* Durante la entrevista, el investigador debe evitar: (i) Interrumpir a la víctima o corregir su lenguaje; (ii) Opinar sobre lo que considera inexacto o contradictorio; (iii) Presionar a la víctima para que recuerde todos los detalles o para que agilice su relato; (iv) Utilizar gestos que evidencien reacciones personales sobre lo que la víctima está relatando, o que manifiesten escándalo, condescendencia o lástima, pues esto dificulta la relación con la víctima. Si el entrevistador siente alguna de estas emociones y no lo puede ocultar, es conveniente que pida permiso para retirarse, «tomar aire» y retomar la entrevista; v) Reiterar las mismas preguntas. Esto puede darle a la víctima la sensación, no necesariamente consciente, de que se espera de ella otra respuesta, sobre todo al tratarse de NNA. Esta recomendación no niega la posibilidad de corroborar el relato en caso de ser necesario, lo cual puede hacerse mediante técnicas de paráfrasis que retomen y confirmen lo dicho por la víctima, o a través de la

¹⁸⁹ Para profundizar sobre este aspecto puede consultar la sección sobre “Alteraciones psicológicas”, entre otros apartados, de la *Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en adultos víctimas de delitos sexuales*. (2013) Bogotá: INMLF, págs. 17-19.

confrontación de información aportada, con otros elementos del relato en diferentes momentos de la entrevista.

161. *Relato espontáneo.* Aunque el entrevistador debe preparar una serie de preguntas que guíen la diligencia, se recomienda promover el relato espontáneo de la víctima. Esto permite que ésta pueda iniciar y terminar por donde prefiera, a partir de lo que recuerde y se sienta en posibilidad de narrar en un primer momento, así como extenderse en otros asuntos que el mismo entrevistador puede considerar irrelevantes. La reconstrucción cronológica de los hechos es una tarea posterior del investigador o fiscal, y no una obligación de la víctima al rendir su entrevista.
162. *Escucha activa.* Escuchar atentamente el relato espontáneo de la víctima permite identificar elementos asociados a la ocurrencia del crimen y así orientar la formulación de preguntas posteriores, ahondando en temas relevantes y evitando que la víctima deba reiterar información que ya ha compartido. Esto no implica sacar conclusiones y exponérselas a la víctima, pues en este punto siempre se debe mantener un enfoque “indagatorio”. Las preguntas deben estar dirigidas a ampliar la información aportada y explorar aspectos asociados al delito. Esta actitud debe mantenerse durante toda la entrevista.
163. *Preguntas orientadoras.* No es recomendable usar la guía de preguntas elaborada para preparar la entrevista como un cuestionario preestablecido; no se trata de un interrogatorio. Las preguntas no pueden ser discriminatorias¹⁹⁰ ni sugestivas. Las preguntas realizadas en el marco de la entrevista para orientar un testimonio lo más completo posible sobre lo ocurrido y determinar elementos probatorios deben centrarse en: identificar el acto cometido (¿qué?); determinar las circunstancias de tiempo y lugar, así como el contexto geográfico, social y político de los hechos y sus antecedentes (¿dónde?, ¿cuándo?); determinar otras circunstancias particulares de ocurrencia (¿cómo?); indentificar las circunstancias de la víctima al momento de los hechos, en términos de su edad, rol social, localización, entre otros (¿a quién?); identificar el(los) presunto(s) autor(es), propiciar su descripción, indagar su relación con la víctima y recolectar elementos para su posible ubicación (¿quién o quiénes?); indagar sobre posibles causas, móviles o motivos (¿por qué? ¿para qué?); registrar las afectaciones padecidas por la víctima u otras consecuencias, como cambios en su vida social, laboral, económica, familiar, relacional, etc. después de los hechos (¿consecuencias?); y determinar posibles fuentes de información, como la existencia de testigos u otras personas que conozcan los hechos y puedan ser indagados por otros actos de investigación.

¹⁹⁰ Según la Corte Constitucional es un acto de discriminación: “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima, y omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.” Corte Constitucional. Sentencia T-078 del 11 de febrero de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

164. *La entrevista a NNA*¹⁹¹. Este acto de investigación debe realizarse sólo cuando es estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad¹⁹². La diligencia debe realizarse una sola vez en lo posible¹⁹³ y estar a cargo de personal del CTI de la FGN entrenado en entrevista forense en NNA, o en su defecto, de un entrevistador especializado¹⁹⁴. En desarrollo de la entrevista, el menor de edad puede estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad¹⁹⁵. Además, es importante dejar registro de la diligencia en video, grabación de audio, medio técnico o escrito, que permita su uso como prueba de referencia admisible¹⁹⁶. También es importante dejar constancia de la diligencia a través de un informe detallado, elaborado por el profesional que realizó la entrevista y que puede ser citado con posterioridad para rendir su testimonio en juicio¹⁹⁷.
165. *Duración de la entrevista*. El tiempo estimado para desarrollar la entrevista varía de acuerdo con el contexto del caso y según las necesidades particulares de cada víctima (como su edad, estado emocional, entre otras condiciones). Es preferible y recomendable realizar la entrevista en una sola sesión, sin embargo, si es necesario profundizar sobre algún tema o si la entrevista se ha extendido por muchas horas, es recomendable programar una nueva cita en la cual se debe evitar volver sobre temas ya abordados o que hayan sido o puedan ser revelados en otras instancias (médicas, legales, etc.). Para un adecuado cierre se debe ofrecer a la víctima la posibilidad de aclarar o agregar información si ésta lo considera necesario.

Después de la entrevista

166. *Pautas*. Es importante reconocer el esfuerzo que esta diligencia implica para la víctima. Además, se debe efectuar un proceso de autoevaluación y elaborar los registros que consoliden la información recopilada. Para ello, después de la entrevista el investigador encargado debe:
- a. Agradecer a la víctima la confianza que tuvo para hablar de lo ocurrido y la importancia de la información que proporcionó, aclarando cómo se va a utilizar.
 - b. Explicar los pasos a seguir y dar tiempos estimados.
 - c. Establecer canales de comunicación posteriores con la víctima, procurando que sea el mismo entrevistador.
 - d. Evaluar y clasificar la información obtenida, así como identificar los aciertos y desaciertos de la entrevista, para mejorar entrevistas futuras.

¹⁹¹ Para más información ver: Echeburúa, E. y Subijana, I. J. (2008) "Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de niños abusados sexualmente", en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 8, nº3, págs. 733-749.

¹⁹² Artículo 206A, párrafo 1 de la Ley 906 de 2004.

¹⁹³ *Ibid.* párrafo 2.

¹⁹⁴ *Ibid.* literal d. Consultar también la normatividad que regula la toma de testimonio en niños, niñas y adolescentes dispuesta en los Artículos 383 y 206A de la Ley 906 de 2004 y el Artículo 150 de Ley 1098 de 2006.

¹⁹⁵ Artículo 206A, literal d de la Ley 906 de 2004.

¹⁹⁶ La diligencia debe realizarse de acuerdo a lo señalado en la Ley 1652 de 2013.

¹⁹⁷ Artículo 206A, párrafo 2 de la Ley 906 de 2004.

- e. Elaborar informe escrito de la entrevista¹⁹⁸ y anexar copia de la grabación o del registro hecho a través de medio técnico o escrito¹⁹⁹. Es importante distinguir entre los comentarios y análisis del entrevistador, y la declaración de la víctima. El análisis hecho por el entrevistador debe destacar aquella información relevante para la investigación. Además, el informe debe establecer las preocupaciones por la seguridad y las necesidades de atención y/o asistencia de la víctima.
- f. Revisar con detenimiento el informe elaborado y el registro de la entrevista para que no existan errores que puedan tergiversar su contenido.

167. *Aplicación de las pautas para entrevista de la víctima a la entrevista de testigos.* Las pautas incluidas en este acápite del protocolo pueden utilizarse para realizar las entrevistas a testigos.

Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 2: Valoración médico-forense

- 168. *Descripción.* Los funcionarios de policía judicial o el fiscal encargado del caso pueden solicitar la remisión al INMLCF o a una institución prestadora de servicios de salud para la recolección de registros clínicos, la realización de exámenes diagnósticos relevantes, o el análisis de EMP y EF recolectados en el marco de la atención en salud (por ejemplo, a través de la toma de muestras biológicas, la realización de valoración médica, examen sexológico, etc.).
- 169. *Entidades a las cuales puede solicitarse esta valoración.* La valoración médico-forense puede solicitarse al INMLCF o a una entidad del sector salud. Si el INMLCF no tiene médico disponible o sus tiempos de atención son muy largos, se recomienda solicitar esta valoración a un centro de salud para evitar la pérdida de evidencia cuando los hechos sean recientes²⁰⁰. Independientemente del tiempo transcurrido, los informes forenses realizados por centros de salud tienen validez probatoria.
- 170. *Los exámenes médico-legales no son la única fuente de EF y EMP.* La remisión de víctimas para la práctica de exámenes médico-legales es importante, ya que gran parte de la EF de los delitos sexuales se encuentra en el cuerpo²⁰¹ de la propia víctima o del agresor²⁰². Sin embargo, las víctimas pueden negarse a la práctica de estas pruebas o, con el paso del tiempo, muchos de estos elementos pueden perderse. De allí que la EF

¹⁹⁸Según lo estipulado en la Ley 1652 de 2013. Este informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 209 de la Ley 906 de 2004 y concordantes.

¹⁹⁹ Embajada Británica de Bogotá y Corporación Excelencia en la Justicia (2013). *Guía práctica para la investigación de los delitos sexuales contra mujeres*, pág. 4.

²⁰⁰ Veloza, E; Torres, N; Pardo, F; Londoño, A; Hurtado, M; Gómez, C; Girón, A; Villarreal, C; Piñeda, N. (2011) *Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual*, Bogotá: Ministerio de la Protección Social-UNFPA, pág. 123.

²⁰¹ Lo cual se explica por el "Principio de intercambio de Locard, es decir, la transferencia de elementos o partículas entre dos superficies en contacto (...). En el encuentro entre la víctima y el agresor, se transfiere evidencia física del uno al otro y viceversa; ambos a su vez depositan pequeños elementos en la escena y recogen evidencia traza del lugar del hecho. Es así como el semen, la sangre, los cabellos, las fibras, la saliva, las marcas de mordedura, las partículas del suelo, en fin, son "indicadores" efectivos para orientar las investigaciones". *Reglamento técnico para el abordaje forense integral en la investigación del delito sexual* (2009), Bogotá: INMLCF, págs. 66-67.

²⁰² Ver: Artículo 247 de la Ley 906 de 2004. También consultar: Corte Constitucional. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Además ver: Artículo 250 de la Ley 906 de 2004.

obtenida a través de exámenes médico-forenses no es la única fuente de prueba de los delitos de violencia sexual.

171. *Los exámenes médico-legales pueden ser pertinentes tanto en casos de hechos recientes como antiguos.* No debe descartarse la posibilidad de hallar evidencia de este tipo cuando los delitos de violencia sexual han ocurrido con mucha anterioridad. La necesidad de exámenes médico-forenses para la búsqueda de EMP y EF sobre la víctima puede ser valorada conjuntamente entre el(la) fiscal que tiene información sobre las circunstancias de comisión de los hechos y un médico-forense. En hechos no recientes, dependiendo del tipo de agresión, los análisis del INMLCF o del centro de salud pueden señalar por ejemplo: la presencia de ETS que pudieran haber sido contraídas durante la comisión del delito sexual, secuelas físicas de aborto, desgarros o marcas poco frecuentes en cuerpos de NNA, cicatrices, afecciones psicológicas, o diferentes secuelas que correspondan con el relato de la víctima u otros indicios sobre los hechos, aun cuando haya pasado mucho tiempo.
172. *Valoración médico-forense en casos de violencia sexual ocurrida en el marco del conflicto armado.* En casos de violencia sexual ocurridos con ocasión del conflicto, no se debe condicionar la determinación de la ocurrencia del hecho a la existencia de prueba física²⁰³. En dichos casos, la ausencia de rastros de espermatozoides, fluidos, ADN, lesiones en el cuerpo de la víctima, o el hallazgo de himen flexible y/o entero, no es razón suficiente para concluir la no ocurrencia de la conducta²⁰⁴.
173. *Consentimiento informado de la víctima.* Los exámenes médico-legales requieren del consentimiento libre e informado de la víctima para su realización²⁰⁵, de su representante legal si ésta fuese incapaz o, cuando se trate de un niño o niña que aún no pueda expresar su opinión, de sus padres, representantes legales, o en su defecto, del defensor de familia o la Comisaría de Familia, y a falta de éstos, del personero o el inspector de familia²⁰⁶. Si la persona adulta o NNA se niega a la práctica de la valoración médico-legal, ésta no debe ser efectuada aun existiendo el consentimiento firmado por representantes²⁰⁷. Dicha negativa en ningún caso debe ser tomada como un indicio de la no ocurrencia de los hechos o de la falsedad del relato de la víctima. De ser estrictamente necesario, el(la) fiscal debe gestionar la respectiva autorización del Juez de Control de Garantías requerida para su realización, preservando en todo

²⁰³ En el marco de los derechos humanos, la CIDH ha dicho: "En el mismo sentido, en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes". Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza González contra Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 153; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso J. contra Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 329.

²⁰⁴ Ver Artículo 19, numerales 1, 2 y 4 de la Ley 1719 de 2014.

²⁰⁵ Artículo 8 de la Ley 1257 de 2008.

²⁰⁶ Artículo 250 de la Ley 906 de 2004. Ver también Artículo 193, numeral 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

²⁰⁷ Artículo 193, numeral 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006. Además, cuando la persona a examinar sea un adolescente (mayor de catorce años y menor de dieciocho) sometido al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, debe contarse con la autorización del Defensor de Familia, a quien le corresponde verificar la garantía de los derechos del adolescente. Artículo 146 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006.

caso la dignidad y el bienestar de la persona examinada, que deben prevalecer sobre cualquier otra consideración²⁰⁸. Así mismo, en caso de personas con discapacidad mental o intelectual se debe presumir válido su consentimiento o negación a menos que exista una sentencia judicial de interdicción.

Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 3: Valoración psicológica

174. *Descripción.* Este tipo de valoraciones son requeridas por los investigadores judiciales a psicólogos forenses para “determinar las condiciones psicológicas antes, durante o después de los hechos que se investigan y el posible daño en la salud mental [así como el riesgo de la persona a sufrir futuras victimizaciones]”²⁰⁹. Están dirigidas a determinar si durante la comisión de los hechos se hizo uso de violencia psíquica, si la víctima fue puesta o se encontraba en condiciones que alteraban su estado emocional, su capacidad de comprender o de consentir los hechos, y si existen daños emocionales, cognitivos, comportamentales o relacionales que puedan considerarse consecuencia de su victimización²¹⁰. También se valoran, por ejemplo, cambios en la estructura de personalidad, o alteraciones en las condiciones o el proyecto de vida de la persona tras la ocurrencia de los hechos.
175. *Utilidad.* Este tipo de valoración puede servir como medio de prueba de los daños, lesiones y secuelas psicológicas ocasionados por los hechos de violencia sexual. En este sentido, puede aportar a la argumentación de la existencia del delito. Además, la determinación del daño emocional, las lesiones y secuelas psicológicas generadas a la víctima por las conductas de violencia sexual puede permitir la imputación de agravantes, de nuevos tipos penales (por ejemplo tortura), servir para demostrar el daño, y asistir a la víctima en su derecho a la reparación²¹¹. Así mismo, especialmente en los casos que ocurren en el marco del conflicto armado, la valoración psicológica

²⁰⁸ “De perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una EF para la determinación de responsabilidad penal del procesado o de su inocencia”. Corte Constitucional. Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰⁹ *Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Adultos Víctimas de Delitos Sexuales*. (2013) Versión 01, Código: DG-M-GUÍA-22, Bogotá: INMLCF, pág. 8.

²¹⁰ Para conocer algunas de las situaciones que ameritan la remisión al servicio de psiquiatría y psicología forense, así como otros aspectos relevantes sobre este procedimiento, ver: *Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Adultos Víctimas de Delitos Sexuales* (2013) Versión 01, Código: DG-M-GUÍA-22, Bogotá: INMLCF; *Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales* Código (2010) Versión 01, DG-M-Guía-09-V01, Bogotá: INMLCF. Si los hechos investigados ocurrieron en el contexto del conflicto armado o cuando se evidencie o sospeche tortura, tratos crueles o inhumanos, la valoración se llevará a cabo según lo establecido en el “Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” (2004) en *Serie de Capacitación Profesional*, n° 8, rev.1, Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

²¹¹ Embajada Británica de Bogotá y Corporación Excelencia en la Justicia (2013). *Guía práctica para la investigación de los delitos sexuales contra mujeres*, pág. 12. Determinar en el marco de la investigación penal estas afecciones y daños en casos violencia sexual puede ser determinante para la posterior definición de incidentes de reparación Para más información al respecto puede consultar: Beristain, C. (2010) “Desafíos de la reparación en los casos de violaciones de derechos humanos” en: *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*. España: Instituto Hegoa - UPV/EHU, págs. 121-136.

puede aportar a la reconstrucción del contexto en el que ocurrieron los hechos y los patrones de discriminación que explican su comisión²¹².

176. *Fuentes valoradas.* La información utilizada en este acto de investigación proviene de una entrevista psicológica o psiquiátrica, que es contrastada con la información obtenida tras la aplicación de pruebas, tests o protocolos psicológicos, así como de entrevistas a familiares o personas cercanas, historiales médicos, observaciones del especialista, expedientes judiciales, entre otros²¹³. Es recomendable que el investigador se reúna con el psicólogo a cargo y le pregunte por la multiplicidad de fuentes utilizadas e información requerida.
177. *Diferencias entre la entrevista como acto de investigación y la valoración psicológica.* La entrevista utilizada en la evaluación psicológica o psiquiátrica forense tiene una finalidad diferente a la entrevista realizada por un funcionario de policía judicial, mencionada anteriormente²¹⁴. Confusiones al respecto pueden llevar a errores en la posterior práctica de pruebas. La entrevista psicológica o psiquiátrica parte de una serie de hipótesis sobre las características psicológicas de la víctima, las posibles afectaciones de los hechos sobre la misma y sus implicaciones en el ámbito jurídico. Dichas hipótesis son exploradas y verificadas por un psicólogo o psiquiatra forense para dar respuesta a la pregunta legal que origina la valoración (por ejemplo, ¿ha sufrido un daño? ¿posee señales de victimización? ¿era incapaz consentir los hechos? entre otras). Mientras tanto, la entrevista realizada por funcionarios de policía judicial como acto de investigación indaga sobre elementos del relato que permiten abordar la ocurrencia de los hechos y temas relacionados a las circunstancias de comisión de los mismos (modo, tiempo y lugar), la posible responsabilidad penal de algún individuo, la existencia de testigos, entre otros elementos a corroborarse mediante otros actos de investigación.

Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 4: Reconocimiento del perpetrador mediante fotografías²¹⁵, videos o fila de personas

178. *Descripción.* En estos actos de investigación la Policial Judicial solicita a la víctima que identifique al presunto perpetrador entre un grupo de personas, tras la orden del fiscal a cargo del caso. El reconocimiento lo puede hacer la víctima o un testigo. No pueden realizar el reconocimiento varias víctimas o testigos al mismo tiempo. Quien practica el acto no debe inducir el reconocimiento de alguna de las personas expuestas. Estos actos de investigación no son pertinentes en casos en los que se ha determinado

²¹² Sobre este particular ver: Artículo 19, numeral 5 de la Ley 1719 de 2014.

²¹³ Echeburúa, E., Muñoz, J.M. y Loinaz I. (2011) "La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos del futuro" en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 11, n° 1, págs.141-159.

²¹⁴ Para mayor información, se recomienda consultar: "Acuerdos sobre la Entrevista y Evaluación Forense en el Contexto de Procesos Judiciales por Delitos Sexuales" (2012) en: *Mesa Interinstitucional Rol del Psicólogo en relación con el Sistema Judicial: Fiscalía General de la Nación, Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (C.T.I.), Centro de Atención e Investigación Integral contra la Violencia Intrafamiliar (CAVIF), Centro de Atención e Investigación Integral a las Víctimas de Delitos Sexuales (CAIVAS), Policía Nacional-SIJIN*. Bogotá: INMLCF- ICBF- Comisarías de Familia- Secretaría Distrital de Integración Social, Ministerio de Salud y Protección Social- Defensoría del Pueblo- Procuraduría General de Nación.

²¹⁵ Artículo 252 de la Ley 906 de 2004.

que el perpetrador usó medios para ocultar su identidad (como capuchas, o actuó en lugares oscuros) y la víctima dice no estar en capacidad de reconocerlo.

179. *Requisitos para reconocimiento en fila de personas.* El reconocimiento en fila de personas²¹⁶ se realiza a través de la observación directa, por parte de la víctima o testigo, de una serie de personas que comparten rasgos físicos y características que coinciden con la descripción hecha por quien hace el reconocimiento. Para realizar este procedimiento se requiere la presencia del abogado defensor del indiciado o imputado. Los funcionarios de policía judicial que realicen este acto de investigación deben evitar que el testigo o víctima sea visto, o tenga contacto físico con las personas incluidas en la fila.
180. *Lineamientos para la no revictimización.* Este acto de investigación puede ser muy impactante para la víctima. Para evitar su revictimización, el equipo investigativo debe conversar con ella y prepararla. Esto incluye informarle que su identidad será protegida durante el reconocimiento en fila de personas y valorar la necesidad de contar con atención psicológica durante el procedimiento.
181. *Cadena de custodia y valor probatorio.* Cualquiera que sea el resultado de este acto de investigación, se debe dejar constancia mediante un acta y anexar copia de las imágenes utilizadas si corresponde. Todo ello es sometido a cadena de custodia. Para que los resultados tengan valor probatorio deben ser complementados con una prueba testimonial (practicada en juicio oral) que corrobore el reconocimiento. De lo contrario, el reconocimiento será tenido como prueba de referencia y su admisibilidad dependerá de la concurrencia de alguna de las causales contempladas en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004²¹⁷. De allí que sea conveniente informar a la víctima o testigo que realice el reconocimiento que más adelante en el proceso será nuevamente requerida su participación para esta diligencia.

D. Actos de investigación realizados sobre víctimas no sobrevivientes

182. *Víctimas no sobrevivientes de violencia sexual y feminicidio.* Los actos de investigación realizados sobre las víctimas de violencia sexual incluyen también aquellos desarrollados cuando la víctima no sobrevive a la comisión de los hechos. En estos casos es importante que, desde el inicio de la investigación, se consideren hipótesis sobre la ocurrencia de un feminicidio²¹⁸ en concurso con delitos constitutivos de violencia sexual. Para comprobar estas hipótesis es fundamental indagar sobre la incidencia de razones de género en la comisión de las conductas punibles investigadas²¹⁹. Algunos actos de investigación que pueden realizarse sobre víctimas no sobrevivientes son los siguientes:

²¹⁶ Artículo 253 de la Ley 906 de 2004.

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 febrero de 2013. Radicado No. 38773. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.

²¹⁸ Ver: Ley 1761 del 6 de julio de 2015, "Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones".

²¹⁹ De acuerdo con el protocolo latinoamericano para la investigación del feminicidio, las labores investigativas pueden apuntar al esclarecimiento del móvil de violencia sexual, indagando en la información derivada de la autopsia de la víctima o de los estudios complementarios de tanatología y sexología forense, en busca de indicios de actos sexuales violentos antes o después de la muerte, así como en otras fuentes de información. Bernal, C; Lorente, M; Roth, F y Zambrano, M (2015). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*

Acto de investigación realizado sobre víctimas no sobrevivientes # 1: Inspección a cadáver y autopsia

183. *Inspección técnica a cadáver.* La policía judicial debe realizar la inspección técnica a cadáver como un acto urgente de investigación. Esta inspección está destinada a analizar y documentar por diferentes medios (fotografías, videos, croquis, etc.) la forma y circunstancias en que fue encontrado el cuerpo, así como a identificar y recolectar, siguiendo los procedimientos de cadena de custodia, posibles EMP o EF que pueden detectarse en el cuerpo o cerca de él. Este tipo de inspección está muy relacionada con la inspección al lugar de los hechos, pues esta última contextualiza la descripción que se hace sobre el cadáver y su posición en la escena²²⁰.
184. *Autopsia.* La inspección del cadáver será complementada posteriormente con la autopsia realizada por funcionarios del INMLCF²²¹. Sólo al momento de la autopsia se realizará la toma de muestras técnicas al cadáver, razón por la cual los funcionarios de policía judicial deben evitar al máximo la manipulación del mismo.
185. *Aporte a la investigación.* En la recuperación de EMP y EF del(los) cuerpo(s) y de la escena de los hechos, los investigadores deben indagar sobre la ocurrencia de delitos de violencia sexual. Es importante recaudar evidencia que demuestre el grado y las características de la violencia utilizada por el perpetrador, así como la existencia de móviles asociados al género u otro factor discriminatorio en contra de la víctima. Algunas sugerencias para hacer ese recaudo de evidencia incluyen las siguientes:
- Establecer el estado y ubicación de la vestimenta, o inexistencia total de la misma, que pueda ser indicativo de violencia sexual.
 - Indicar la presencia de restos biológicos del presunto agresor en distintas partes del cuerpo o ropa de la víctima y establecer si existen señales de violencia sexual (penetración vaginal, rectal u oral, así como cualquier tipo de agresión sexual).
 - Identificar fracturas y quiebres en huesos de las piernas u otros, así como la presencia de mordazas o ataduras de manos, con vestimenta de la víctima u otros instrumentos que puedan haber sido utilizados para inmovilizar a la víctima.
 - Identificar huesos pelvianos y de rostro quebrados, y/o falta de piezas dentales.
 - Registrar la ubicación de los restos en posiciones o bajo un estado que permita establecer evidencia de violencia sexual (por ejemplo: piernas abiertas).
 - Prestar atención a la mutilación de partes del cuerpo con un significado sexual (como senos, pezones, órganos sexuales, glúteos, muslos).

(femicidio/feminicidio). Panamá: Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres); ÚNETE, pág. 68.

²²⁰ Ver sección "Actos de investigación realizados sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales # 1: Inspección del lugar de los hechos" del capítulo 3 de protocolo, pág. 73.

²²¹ Para más información ver Morales Rodríguez, Mary Luz (2001). *Manual para la Práctica de Autopsias*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, División de Tanatología Forense.

- Analizar posibles patrones en las lesiones realizadas sobre el cuerpo que puedan hacer referencia a algún móvil específico por parte del perpetrador, o desorganización y reiteración en las mismas, lo cual puede ser un indicio de un estado de ira del perpetrador durante la comisión de los hechos²²².
- Recolectar evidencia sobre el nivel de violencia utilizado, mediante la identificación de signos de tortura, sevicia, introducción de objetos por orificios naturales, etc. y su relación con partes del cuerpo donde se han producido, bien en zonas con un significado sexual o bien en otras partes del cuerpo.
- Buscar escritos o marcas dejados en el cuerpo de la víctima que puedan tener alguna significación.

186. *Violencia sexual en el marco del conflicto armado.* En caso de hallazgo de fosas comunes, la identificación de cadáveres de mujeres que presenten alguna de las señales antes descritas (desnudez, mutilación, etc.) puede ser una pista clave para indagar sobre la ocurrencia de hechos de violencia sexual como parte de los repertorios de violencia utilizados en el marco de acciones armadas de mayor envergadura como masacres²²³.

Acto de investigación realizado sobre víctimas no sobrevivientes # 2: Autopsia psicológica

187. *Autopsia psicológica.* Este tipo de valoración puede ser realizada por un psicólogo forense, quien sigue un procedimiento que se vale de registros de la investigación y otras fuentes primarias y secundarias para conocer los factores de la víctima que pudieron ser utilizados por los agresores para su elección y la comisión del delito. Esta actuación permite conocer la situación vital de la mujer antes de su muerte, destacando su psicobiografía y estado vivencial previo a la agresión mortal, su evolución en los últimos meses, así como su estado de salud mental²²⁴.

E. Actos de investigación realizados sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales

Acto de investigación realizado sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales # 1: Inspección del lugar de los hechos

188. *Descripción.* La inspección del lugar de los hechos es realizada por la policía judicial y permite indagar sobre los espacios abiertos o cerrados, muebles o inmuebles, en los cuales se cometió el presunto delito, incluyendo los alrededores, áreas adyacentes, lugares relacionados y rutas de escape. Esta inspección incluye: i) análisis y

²²² Bernal, C; Lorente, M; Roth, F y Zambrano, M (2015). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Panamá: Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres); ÚNETE. párr. 269, pág. 82.

²²³ Se aplicarán los protocolos de Estambul y Minnesota para los casos de homicidio agravado, masacre, desaparición forzada, para documentar las evidencias físicas relacionadas con la violencia sexual y otras violaciones de derechos humanos.

²²⁴ Bernal, C; Lorente, M; Roth, F y Zambrano, M (2015). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Panamá: Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres); ÚNETE. pág. 74.

observación detallada, minuciosa y metódica del lugar de los hechos²²⁵; ii) documentación del lugar de los hechos a través de medios técnicos (fotografías²²⁶, videos²²⁷, planos topográficos y croquis, entre otros); y iii) identificación, fijación, recuperación y embalaje de EMP y EF para someterlos a cadena de custodia.

189. *Caracterización del lugar de los hechos.* Este acto de investigación permite una caracterización detallada del lugar de los hechos que incluya: el tipo de lugar (por ejemplo, lugar urbano, rural, industrial, comercial, agrícola, residencial o inhabitado, etc.); la relación de la víctima con el lugar (se trataba de su lugar de residencia, de trabajo, de estudios, etc.); las condiciones de seguridad o aislamiento del lugar (por ejemplo, si se encontraban desconectados los teléfonos o las alarmas, el lugar había sido robado o destrozado, etc.); la presencia de algún potencial testigo; la presencia de mensajes o escenificaciones atribuibles al perpetrador; la presencia de objetos que hagan parte de la escena del crimen, como aquellos que pudieron ser utilizados para atacar, someter o controlar a la víctima; así como indicios de que se pudo destruir la evidencia.
190. *Recolección de evidencia.* La policía judicial debe procurar la recolección de EMP y EF dejados tras la comisión de los hechos, tales como: i) huellas, manchas, residuos, vestigios, etc.; ii) objetos utilizados para cometer y/o facilitar el delito; iii) videos o fotografías en cámaras de vigilancia; y iv) dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva, entre otros.
191. *Hallazgos posibles.* La inspección al lugar de los hechos puede traer consigo hallazgos “en positivo”, al encontrarse diversidad de coincidencias entre distintos medios de prueba y los EMP y EF dejadas en la escena de los hechos; o “en negativo” al percibirse inconsistencias que apuntan a que los hechos fueron cometidos en otro lugar o que los EMP y EF han sido modificados, removidos o implantados en el sitio inspeccionado. Esto puede dar cuenta del perfil del perpetrador u organización que ejecutó los hechos y/o de la existencia de un plan criminal²²⁸.

²²⁵ Es importante destacar que esta observación no se limita al uso de la vista, sino que en ella intervienen también otras percepciones sensoriales que den cuenta de datos que pueden ser relevantes en la descripción de la escena de los hechos o las posibles circunstancias de la comisión del delito “como pueden ser el olor a descomposición de cadáver presente en el lugar, la imposibilidad física de que el testigo oyera las frases, gritos o lamentos proferidos en un inmueble o local próximo, el ruido proveniente de la vía pública, la percepción del peso del objeto arrojado o de la rugosidad de la superficie por la que se arrastró el cuerpo de la víctima, por citar algunos supuestos frecuentes”. Marca Matute, Javier (2011) “Inspección ocular, levantamiento de cadáver y reconstrucción de los hechos. La intervención del imputado en la adquisición de la fuente probatoria”, en Congreso *La Prueba Penal en el Siglo XXI*. Centro de Formación de la Cooperación Española en Montevideo. pág. 3.

²²⁶ Algunas pautas para la documentación fotográfica del lugar de los hechos pueden encontrarse en: Fiscalía General de la Nación (2015). *Fijación fotográfica del lugar de los hechos y EMP y EF*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Guía No. FGN-26.2.2-FV-G-06.

²²⁷ Algunas pautas para la documentación videográfica del lugar de los hechos pueden encontrarse en: Fiscalía General de la Nación (2015). *Fijación fotográfica del lugar de los hechos y EMP y EF*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Guía No. FGN-26.2.2-FV-G-07.

²²⁸ Estas reflexiones acerca de las posibilidades y hallazgos en la inspección del lugar de los hechos han sido extraídas de: Bernal, C.; Lorente, M.; Roth, F. y Zambrano, M. (2015). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Panamá: Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las mujeres (ONU Mujeres); ÚNETE. párr. 278. pág. 83.

192. *Lugares distintos a los de ocurrencia del hecho.* También es posible realizar inspecciones en lugares distintos a los del hecho²²⁹ para la reconstrucción de trayectos espacio temporales, identificación de fuentes de información, identificación de potenciales testigos, documentación de elementos de contexto, o recuperación de EMP en sitios señalados por la víctima o testigos, entre otras opciones.
193. *Presencia del fiscal.* Aunque la inspección al lugar de los hechos es un acto de investigación que le corresponde a la policía judicial, el (la) fiscal podrá hacer presencia en el lugar, siempre y cuando no interfiera con la recolección de EMP y EF. A partir de la visita al lugar de los hechos, el (la) fiscal puede entender mejor el reporte que haga la policía judicial y empezar a plantear hipótesis sobre la forma como ocurrió el delito y las características del responsable.

Acto de investigación realizado sobre la escena de los hechos y otros elementos materiales # 2: Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos o a través de interceptación de llamadas telefónicas.

194. *Utilidad.* Este tipo de actos de investigación está dirigido a descubrir, recuperar, analizar y custodiar información sobre conversaciones, ubicaciones, datos, fotografías y/o videos relevantes para determinar la ocurrencia de los hechos, identificar posibles responsables, establecer el tipo de relación entre la víctima y el victimario, entre otras actividades. Son particularmente relevantes en casos de proxenetismo, en contextos de criminalidad organizada, o en casos de acoso sexual o violencia sexual acompañada de amenazas o extorsión. Igualmente, pueden ser útiles en ciertos casos en los cuales los hechos de abuso por un agresor conocido se continúan produciendo, entre otras posibilidades.
195. *Procedimiento.* Para la recuperación de información dejada en medios tecnológicos es preciso completar el “Acta de aprehensión de equipos, medios magnéticos y de almacenamiento físico”, seguir los principios de cadena de custodia, y solicitar una experticia informática-forense. Por su parte, la interceptación de llamadas telefónicas requiere del envío de un oficio a la empresa de telefonía, notificando la decisión del (la) fiscal de realizar este procedimiento. Quienes participan en estas actividades están obligados a guardar debida reserva acerca de lo escuchado.

F. Actos de investigación sobre el indiciado

Acto de investigación sobre el indiciado # 1: Interrogatorio a presuntos responsables

196. *Utilidad.* El interrogatorio a indiciados de violencia sexual está orientado a escuchar su versión de los hechos y obtener mayor información acerca de: i) las circunstancias de comisión de los hechos; ii) posibles cómplices, partícipes o testigos; iii) indicios para la obtención de nueva evidencia que complemente la argumentación del caso; iv) detalles de otros delitos asociados al hecho investigado o la persona interrogada; y/o v) su pertenencia a organizaciones criminales.
197. *Preparación.* Antes de llamar a interrogatorio a una persona en calidad de presunto responsable, el (la) fiscal o servidor de policía judicial debe tener motivos fundados

²²⁹ En cumplimiento de los supuestos legales expuestos en el Artículo 215 de la Ley 906 de 2004.

que le permitan inferir su autoría o participación en las conductas investigadas²³⁰. Para realizar este interrogatorio se sugieren las siguientes actividades preparatorias:

- a. Revisar los testimonios de la víctima u otros testigos, así como documentos allegados a la investigación, e identificar detalles sobre la ocurrencia del hecho que puedan ser contrastados.
- b. Rastrear información acerca del perpetrador además de la correspondiente a su biografía (como edad, sexo, orientación sexual, procedencia, actividad y antecedentes laborales, posible condición de discapacidad, etc.). Por ejemplo, datos relacionados con antecedentes judiciales, denuncias, arrestos, y otros, sobre todo aquella información vinculada a la presunta comisión de delitos de violencia sexual y su posible relación con la víctima.
- c. Elaborar guía semi-estructurada para orientar el interrogatorio.

198. *Elementos a determinar durante el desarrollo del interrogatorio a indiciados.* Durante el interrogatorio se debe indagar sobre información relevante para demostrar la teoría del caso. La policía judicial puede tener en cuenta los siguientes elementos, entre otros:

- a. Identificar los argumentos de la defensa, la versión del perpetrador acerca de cómo ocurrieron los hechos y cual su participación en los mismos, así como sus motivaciones en la comisión del delito y cualquier otro elemento de su perfil criminal. Es importante tener en cuenta que algunos agresores procuran justificarse y racionalizar lo ocurrido, atribuyéndole la responsabilidad de los hechos a la víctima o excusándose en el uso de sustancias psico-activas u otras circunstancias en torno a las cuales ocurrieron los hechos. De tal modo, si bien este tipo de interrogatorios permite al investigador allegar importantes elementos a la indagación, éste debe ser muy cuidadoso en la valoración de la versión del indiciado, evitando que su relato pueda surtir sesgos a la investigación.
- b. Estereotipos y prejuicios de género del presunto responsable.
- c. Elementos relevantes sobre la relación entre la víctima y el indiciado, así como el posible acceso de este último al lugar de los hechos.

199. *Consideraciones técnicas.* Aunque no hay fórmulas pre-establecidas, algunas consideraciones técnicas son útiles para la realización exitosa de interrogatorios a sospechosos en casos de violencia sexual:

- a. Evitar barreras físicas²³¹ como mesas u objetos entre quien interroga y la persona interrogada²³².

²³⁰ Artículo 282 de la Ley 906.

²³¹ Además, siga las instrucciones para la adecuación de un espacio en condiciones de privacidad, medios de registro y tipos de preguntas no sugestivas o anticipatorias, comentadas en la sección "Acto de investigación relacionado con la víctima y otros testigos # 1: La Entrevista" del Capítulo 3 de este Protocolo, párr. 153 y ss.

²³² "La razón de esto es que un sospechoso engañoso utilizará la barrera como un escudo psicológico que lo protege del investigador. Mediante la eliminación de dicha barrera, el sospechoso engañoso se sentirá mucho más vulnerable y expuesto. En consecuencia, experimentará más ansiedad cuando miente." The National Center for Women and Policing (2001). "Suspect Materials", en: *Successfully Investigating Acquaintance Sexual Assault. A National Training Manual for Law*

- b. El interrogatorio es voluntario. El uso de mecanismos de coerción, coacción o compulsión física o psicológica invalidan los hallazgos de esta diligencia como medio de prueba y son contraproducentes para la obtención de información verídica. El interrogatorio a indiciados requiere que la persona entrevistada renuncie voluntariamente al derecho a guardar silencio y que pueda ser acompañado por su abogado²³³.
- c. Corroborar la veracidad de las manifestaciones hechas por el indiciado durante el interrogatorio. Para esto se puede monitorear constantemente el comportamiento del sospechoso, e identificar indicios de ansiedad o nerviosismo frente a ciertos temas, etc. Se debe prestar especial atención a los detalles en la narración del interrogado, para volver sobre ellos con posterioridad y determinar discrepancias, inconsistencias y evasiones.
- d. En caso de tratarse de una persona con discapacidad, se debe garantizar que cuente con los ajustes razonables para tomar su testimonio.
- e. Adoptar una actitud natural, libre de prejuicios frente a temas relativos a la sexualidad. El tipo de preguntas y la forma cómo se realicen no deben denotar escándalo respecto de actividades sexuales. Por ejemplo, es preferible usar preguntas como ¿Cuándo fue la primera vez que hizo esto? antes que ¿Alguna vez hizo esto? Esta variación implica que cualquier persona podría haberlo hecho y que el informante probablemente también, habilitándolo para hablar más fluidamente sobre el tema. El investigador debe evitar exaltarse o mostrarse admirado por lo que el posible agresor pueda relatar²³⁴. Es recomendable que este abordaje sea realizado por psicólogos o profesionales expertos, que puedan interactuar con tranquilidad y apertura frente a estos temas, ganando confianza del indiciado para acceder a información relevante.²³⁵
- f. Abordar temas sencillos antes que temas considerados íntimos o complejos. El orden de las preguntas es crucial para construir una relación de confianza, sobre todo al tratarse de personas tímidas o con sentimientos de culpa. Por ejemplo, preguntas referidas a la vida amorosa pueden resultar menos incómodas que preguntas acerca de la vida sexual, sirviendo de introducción para acceder a estos otros temas posteriormente. Preguntas generales sobre educación, trabajo, salud física, relación con los padres, etc. pueden, por una parte, brindar información importante para la formulación posterior de preguntas en relación con sus conductas sexuales y, por otra parte, mejorar la comunicación al relajar los nervios o la tensión del indiciado²³⁶.

Enforcement. The National Center for Women and Policing. Recuperado el 15 de octubre de 2015: <http://www.mincava.umn.edu/documents/acquaintsa/supplemental/suspectmaterials.pdf> – traducción propia.

²³³ Según lo estipulado en el Artículo 282 de la Ley 906 de 2004.

²³⁴ Ellis, Albert (1954). "Interrogation of Sex Offenders", en: *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 1, vol. 45, pág. 43. Recuperado el 24 de noviembre de 2015: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4222&context=jclc>.

²³⁵ *Ibíd.* pág. 47.

²³⁶ *Ibíd.* pág. 43.

Acto de investigación sobre el indiciado # 2: Inspección corporal, registro corporal y obtención de muestras

200. *Consideraciones técnicas.* Deben determinarse argumentos fundados en otros medios cognoscitivos que justifiquen ante el Juez de Control de Garantías la solicitud de estos actos y durante su ejecución debe estar presente el defensor del presunto perpetrador²³⁷, ya que mediante su realización se afectan en distintos niveles los derechos del imputado a la dignidad, intimidad, integridad física, autonomía, entre otros.
201. *Utilidad y pertinencia.* El cuerpo del presunto agresor lleva consigo EMP y EF que pueden corroborar aspectos del relato de la víctima (como marcas o lesiones)²³⁸. A menudo, la identificación de la responsabilidad de una persona en la comisión de delitos de violencia sexual requiere de un proceso de recolección de muestras biológicas y no biológicas, y su contraste con otros hallazgos de la investigación. Este tipo de pruebas no son condicionantes para determinar la comisión de los hechos en el marco del conflicto armado, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 19 de la Ley 1719 de 2014.

²³⁷ Ver Artículos 246-248 de la Ley 906 de 2004.

²³⁸ International Association of Chiefs of Police (IACP) *Sexual Assault Incident Reports, Investigative Strategies*. pág. 6. Recuperado el 27 de septiembre de 2015: <http://www.theiacp.org/portals/0/pdfs/SexualAssaultGuidelines.pdf>.

Capítulo 4.

Crímenes de violencia sexual y formas de atribución de responsabilidad

202. *Contenido.* Este capítulo explica los crímenes por medio de los cuales se sanciona la violencia sexual en el Código Penal, tanto los que se registran en el marco del conflicto armado como por fuera de él. De igual forma, describe cómo la violencia sexual puede dar lugar a delitos internacionales, como los crímenes de guerra y de lesa humanidad, indicando la forma en la que el (la) fiscal puede hacer uso de ellos. Por último, desarrolla las formas de atribución de responsabilidad que pueden ser empleadas en la judicialización de hechos de violencia sexual, superando con ello la tesis de que estos delitos sólo pueden ser atribuidos al autor material o directo.

A. Crímenes de violencia sexual en el Código Penal

203. *Descripción.* Los delitos de violencia sexual²³⁹ están tipificados en dos secciones del Código Penal. Por un lado, el Título II de la parte especial que incluye los delitos en contra de personas y bienes protegidos por el DIH. Los delitos de violencia sexual en este Título incluyen las conductas de acceso carnal, acto sexual, esclavitud sexual, esterilización forzada, embarazo forzado, desnudez forzada, entre otras. Por su parte, el Título IV de la parte especial regula la violación, los actos sexuales abusivos y la explotación sexual, incluyendo las circunstancias de agravación específicas. La diferencia sustancial entre ambas categorías de delitos es que los tipos penales de violencia sexual incluidos en el Título II exigen que las conductas allí descritas se ejecuten “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”.
204. *Contextos en los que se registra la violencia sexual.* La violencia sexual se registra en diversos escenarios, como el conflicto armado o espacios laborales, familiares, educativos o lugares públicos. La comprensión y análisis de los diferentes contextos en los que se registra la violencia sexual resulta esencial para orientar la recolección y análisis de evidencia, facilitar la identificación del agresor, definir la ruta de atención a la víctima, y establecer los elementos estructurales del tipo penal²⁴⁰.

B. Bienes jurídicos tutelados

205. *Descripción.* La violencia sexual constituye una grave violación a una diversidad de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran la libertad, integridad y formación sexuales. El conjunto de tipos penales que describen la violencia sexual prevé una diversidad de conductas, a través de las cuales el legislador sanciona actos que lesionan o ponen en peligro estos bienes jurídicos²⁴¹.
206. *Libertad sexual.* La libertad sexual está relacionada con “la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el

²³⁹ Tal como se indicó en el Capítulo 1 de este protocolo, la violencia sexual se entiende como “todo acto que atente contra la libertad, la integridad y la formación sexuales de una persona mediante el uso de la violencia física, psíquica o moral con el propósito de imponer una conducta sexual en contra de su voluntad”, párr. 17.

²⁴⁰ Como en el caso de los tipos penales que establecen elementos como el tipo de violencia ejercida, la superioridad manifiesta o las relaciones de superioridad del ejecutor sobre la víctima.

²⁴¹ Anteriormente, se hizo mención a la afectación de derechos fundamentales que resultan afectados por la violencia sexual, así como a las diversas conductas que se refieren a actos de violencia sexual. Ver sección “A. Definición de violencia sexual” del Capítulo 1 de este protocolo, párrs. 17 y ss.

comportamiento sexual”²⁴². De acuerdo con la Corte Constitucional, su protección implica reconocer que “las personas tienen derecho a manifestar libremente sus decisiones en materia sexual y que la sexualidad es una expresión positiva del libre desarrollo de la personalidad”²⁴³. La libertad sexual se ve vulnerada cuando la conducta se comete con violencia, es decir con ausencia de voluntad por parte de la víctima. La violencia no se refiere simplemente al ejercicio de la fuerza por parte del ejecutor sino que incluye la violencia implícita como en el caso de la ejercida por quien ostenta una posición de poder que limita, modifica o anula la capacidad de la víctima para decidir libremente.

207. *Formación sexual*. La formación sexual corresponde a la “facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual”²⁴⁴ y pretende proteger su evolución y madurez sexual, libre de intromisiones traumáticas²⁴⁵, como se da en el caso de una persona menor de 14 años, quien no ha alcanzado un desarrollo físico ni madurez volitiva para disponer responsablemente de su sexualidad²⁴⁶.
208. *La violencia sexual no constituye una vulneración a la integridad moral*. Los delitos de violencia sexual no constituyen vulneraciones a la integridad moral, la honra y el pudor de la víctima²⁴⁷. Esta forma de adecuación típica es incorrecta pues niega la gravedad de la conducta, su naturaleza sexual y la condición eminentemente violenta de la misma que definen los elementos estructurales de estos tipos penales²⁴⁸. De allí que, el (la) fiscal debe dejar de lado consideraciones no exigidas como la duración del acto sexual o el carácter libidinoso de la conducta²⁴⁹. Una adecuación típica equivocada pone en riesgo la correcta investigación y judicialización de los hechos. A diferencia de los tipos penales que vulneran la integridad moral, los delitos de violencia sexual no son querellables²⁵⁰ por lo que en su judicialización no procede la conciliación, ni la posibilidad del desistimiento o retractación del ejecutor.

²⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 septiembre de 2005. Radicado No. 18455. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés.

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado No. 29117. Magistrado Ponente: Alfredo Gomez Quintero.

²⁴⁵ Ídem.

²⁴⁶ En el caso de las personas menores de 14 años, el legislador ha establecido que no cuentan con capacidad para consentir una relación de índole sexual debido a que su capacidad volitiva y desarrollo sexual no están configurados plenamente. Así, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, la legislación “lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad”. Corte Constitucional. Sentencia C-876 del 22 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

²⁴⁷ Algunas decisiones de la Corte Suprema, han propuesto el debate sobre la adecuación de delitos sexuales como delitos contra la integridad moral. Ver: Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de octubre de 2006. Radicado No. 25743. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁴⁸ Ver sección “Mito 4: Los delitos de violencia sexual no son tan graves como otros delitos. Esto es falso” del Capítulo 1 de este protocolo, párrs. 45 y ss.

²⁴⁹ Corporación Humanas (2013). Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Bogotá: Editorial Antropos. págs. 63 a 67.

²⁵⁰ En los términos del párrafo 3 del Artículo 74 de la Ley 906 de 2004, adicionado por la Ley 1542 de 2012: “En todos los casos en que se tenga conocimiento de la comisión de conductas relacionadas con presuntos delitos de violencia contra la mujer, las autoridades judiciales investigarán de oficio, en cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres consagrada en el Artículo 7º literal b) de la Convención de Belém do Pará”.

C. La violencia sexual como crimen internacional

209. *Descripción.* Conforme al Estatuto de Roma²⁵¹, la violencia sexual puede constituir un crimen de guerra, un crimen de lesa humanidad y un acto de genocidio. Un acto de violencia sexual puede ser categorizado como crimen de guerra cuando es cometido como una infracción grave al DIH²⁵². Constituye un crimen de lesa humanidad cuando dicho acto forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil²⁵³, el que se puede registrar tanto en tiempos de guerra, conflicto interno o paz²⁵⁴. Es un crimen de genocidio cuando es cometido con la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en todo o en parte²⁵⁵. Al respecto, la jurisprudencia colombiana ha reconocido que los actos de violencia sexual ocurridos en el marco del conflicto pueden tener la doble connotación de crímenes de guerra y de lesa humanidad²⁵⁶.
210. *Manifestaciones de la violencia sexual en el derecho penal internacional.* Las diferentes manifestaciones de violencia sexual reconocidas por el derecho penal internacional incluyen “las violaciones, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los embarazos forzados, la esterilización forzada y todos los demás actos de violencia sexual de gravedad comparable contra mujeres, hombres o niños que tienen una vinculación directa o indirecta (temporal, geográfica o causal) con un conflicto”²⁵⁷. Además, debido a las graves consecuencias de estos hechos en las víctimas, la jurisprudencia internacional ha reconocido que otros crímenes, como la tortura²⁵⁸, la

²⁵¹ Colombia ratificó el Estatuto de Roma mediante la Ley 742 del 2002. Para más detalle, ver el instrumento denominado “Elementos de los Crímenes” consensuado por los Estados Parte del Estatuto de Roma. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisprojweb2/sidic/imagesContenido/ElementosCrimes.pdf>.

²⁵² Artículo 8 (2) (b) (xxii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

²⁵³ Artículo 15 de la Ley 1719 de 2014; Artículo 7(1) (g) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

²⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 1076 del 5 de diciembre de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. pág. 42.

²⁵⁵ Ver: Artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002). El Tribunal Penal para Ruanda ha reconocido que la violencia sexual puede constituir un acto de genocidio. Ver: TPIR, *Fiscal c. Akayesu*, Sentencia de Primera Instancia, Caso ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 731- traducción propia; TPIR, *Fiscal c. Seromba*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. ICTR-2001-66-A, 12 de marzo de 2008, párr. 46.- traducción propia.

²⁵⁶ La jurisprudencia colombiana ha reconocido que la violencia sexual en contextos de conflicto puede tener la doble connotación de crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. Ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 24 de febrero de 2015, caso Orlando Villa Zapata y otros. Radicado No. 110016000253200883612-01. Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López. párrs. 745-758; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 1 de diciembre de 2011, postulados: José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas. Radicados No. 1100160002532008-83194, 1100160002532007-83070. Magistrada Ponente: Léster González Romero. En el caso *Naletilić & Martinović*, la Sala de Apelaciones del TPIY manifestó que “múltiples condenas sirven para describir la culpabilidad completa de un acusado particular o proporcionar una imagen completa de su conducta delictiva”. TPIY, *Fiscal c. Naletilić & Martinović*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-98-34-A, 3 de mayo 2006, párr. 585 – traducción propia. Este razonamiento también fue aceptado y aplicado por la sala de apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona en *Fiscal c. Brima, Kamara y Kanu*, Sentencia de Apelaciones, Caso SCSL-2004-16-A, 3 de marzo de 2008, párr. 215 – traducción propia. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac*, Sentencia de Apelaciones, Caso IT-96-23-&23/1-A, 12 de junio de 2002, párrs. 179-185. – traducción propia.

²⁵⁷ Naciones Unidas (2013). Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad, Violencia sexual relacionada con los conflictos. A/67/792-S/2013/149, párr. 5.

²⁵⁸ Ver TPIY, *Fiscal c. Furundžija*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-95/17-I-T, 10 de diciembre de 1998, párrs. 163-164- traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Kunarac*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párrs. 497, 655-656- traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Delalić y otros* (llamado caso *Čelebići*), Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párrs. 495-496- traducción propia; TPIR, *Fiscal c. Semanza*, Fallo y sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 485-

persecución²⁵⁹, y los tratos crueles e inhumanos²⁶⁰, pueden implicar conductas de naturaleza sexualizada y constituir manifestaciones de violencia sexual.

211. *Complementariedad de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI)*. El Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes en primer lugar deben ejercer la acción penal contra aquellos que puedan ser responsables de crímenes internacionales²⁶¹. Según el principio de complementariedad, la jurisdicción de la CPI solo se activa cuando el Estado Parte no pueda²⁶² o no esté dispuesto²⁶³ a investigar o enjuiciar a personas presuntamente responsables²⁶⁴. De tal modo, la CPI no suplanta o sustituye la jurisdicción interna.
212. *Relaciones existentes entre el Estatuto de Roma y la legislación nacional*. El Estatuto de Roma no sustituye el derecho interno, aunque contribuye a su interpretación²⁶⁵. En consecuencia, para caracterizar un hecho de violencia sexual como un crimen internacional, el (la) fiscal debe primero determinar la ocurrencia de conductas sexuales tipificadas en el Código Penal y posteriormente, puede establecer si el hecho constituye

traducción propia. Ver también la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro contra Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. párrs. 312-313; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso J. contra Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. párrs. 365-366.

²⁵⁹ Ver: TPIY, *Fiscal c. Djordjević*, Sentencia de apelación, Caso No. IT-05-87/1-A, 27 de enero de 2014, párrs. 886-901 – traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Sainović y otros*, Sentencia de apelación, Caso No. IT-05-87-A, 23 de enero de 2014, párrs. 584-586, 591-593, 597-599 – traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Brdjanin*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-99-36-T, 1 de septiembre de 2004, párrs. 1008, 1012 – traducción propia (“cualquier acto de agresión sexual que no llegue al nivel de un acceso carnal puede ser calificado de un acto de persecución bajo el derecho penal internacional”).

²⁶⁰ TPIY, *Fiscal c. Delalić y otros*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 552 – traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Tadić*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-94-1-T, 7 de mayo de 1997, párrs. 198, 206, 237, 692, 726, 730, y pág. 285 – traducción propia. Cabe señalar que tanto el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia como el Tribunal Penal para Ruanda han considerado que este crimen es una categoría residual o genérica que cubre actos delictivos que no aparecen específicamente enumerados en los estatutos de dichos tribunales.

²⁶¹ De acuerdo con la declaración hecha por el Estado colombiano en uso del Artículo 124 del Estatuto de Roma, solo se aceptará la competencia de la Corte para los crímenes de guerra cometidos por sus nacionales o en su territorio, luego de un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor. Para el caso de Colombia, el Estatuto de Roma entró en vigor el 1º de noviembre de 2002 por lo que la competencia para los crímenes de guerra se habilita para los hechos cometidos a partir del 1º de noviembre de 2009. Al respecto ver: Coalición por la Corte Penal Internacional, *Preguntas y respuestas sobre el Artículo 124 del Estatuto de Roma*. Recuperado el 21 de septiembre de 2015: http://www.iccnw.org/documents/CICC_Factsheet_Colombia124_spfv.pdf.

²⁶² La incapacidad de los Estados de investigar o enjuiciar delitos de competencia de la CPI se puede asociar a alguna de las siguientes circunstancias: “al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”. Artículo 17(3) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

²⁶³ La falta de voluntad de un Estado de investigar o enjuiciar delitos de competencia de la CPI se puede asociar a alguna de las siguientes circunstancias: “Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; y que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”. Artículo 17(2) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

²⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. pág. 54.

²⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. págs. 212 y 231

un crimen de guerra, al registrarse en el marco del conflicto armado, si corresponde con un crimen de lesa humanidad, al hacer parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil, o si hace parte de un genocidio por evidenciar la intención de exterminio a un grupo específico.

D. Violencia sexual como crimen de guerra

213. *Violencia sexual en el marco del conflicto armado.* Autoridades nacionales como internacionales han afirmado que en Colombia la violencia sexual perpetrada por grupos armados es una práctica habitual y extendida²⁶⁶. Por su parte, la Corte Constitucional, en el Auto 009 de 2015, constató que “la violencia sexual persiste como una expresión de la discriminación y las violencias de género, agravadas de manera exacerbada en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado por la violencia”²⁶⁷. Así mismo, Elizabeth Wood, investigadora social, ha llegado a la conclusión de que la violencia sexual en el marco del conflicto armado puede ser cometida de forma selectiva, estratégica u oportunista. La violencia selectiva ocurre cuando la víctima es seleccionada en razón a su comportamiento, a menudo por dar suministros o apoyo al grupo enemigo o algunas veces por negarse a consentir con determinado grupo. La selección de la víctima puede obedecer también a su pertenencia a determinadas comunidades o grupos sociales. La violencia estratégica se asocia a un patrón de comisión o en razón a la determinación de los comandantes, quienes la emplean como mecanismo para cumplir con los objetivos previstos por el grupo armado. La violencia oportunista es llevada a cabo por motivos personales y no por objetivos del grupo²⁶⁸.
214. *Adecuación típica de hechos de violencia sexual ocurridos en el marco del conflicto armado.* Los casos de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado pueden ser adecuados típicamente como delitos del Título II “Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH” cuando cumplan con los elementos objetivos comunes a este Título, a saber: que el hecho se haya cometido con ocasión y en desarrollo del conflicto y en contra de una persona protegida. En su defecto, cuando existan hechos relacionados con el conflicto armado pero que no cumplan estrictamente con dichos requisitos, el (la) fiscal puede utilizar las conductas punibles previstas en el Título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, garantizándose su efectiva investigación.
215. *Delitos de violencia sexual contra personas protegidas por el DIH.* Respecto de los delitos de violencia sexual registrados en el marco del conflicto armado en contra de personas protegidas por el DIH el Título II de la parte especial del Código Penal incluye los tipos penales de acceso carnal violento, actos sexuales violentos, y prostitución

²⁶⁶ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Informe de la Misión a Colombia de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer. E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002. párr. 42.

²⁶⁷ Corte Constitucional. Auto 009 del 27 de enero de 2015. Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. pág. 7.

²⁶⁸ Wood, E (2012). “Rape during war is not inevitable: Variation in wartime sexual violence”, en: Bergsmo, A. Butenschon, E. Wood (cords.), *Understanding and Proving International Sex Crimes*, pág. 389-419. Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Traducción propia.

forzada o esclavitud sexual²⁶⁹. Además, con la expedición de la Ley 1719 de 2014 se adicionaron a este mismo Título el acceso carnal abusivo, los actos sexuales abusivos, la trata de personas con fines de explotación sexual, la esterilización forzada, el embarazo forzado, la desnudez forzada y el aborto forzado. Para la agravación punitiva de estas últimas conductas, el legislador remitió a las circunstancias de agravación dispuestas en el Artículo 211 del Título IV del Código Penal.

216. *Investigación contextual de la violencia sexual asociada al conflicto armado.* De acuerdo con la Corte Constitucional, en el desarrollo de la investigación penal, la relación entre la conducta delictiva y el conflicto armado debe ser entendida en sentido amplio tomando en consideración las dinámicas propias del conflicto, la presencia de los grupos armados en la región y el contexto que rodea la comisión de los hechos de violencia sexual. De allí que, para este tipo de investigaciones es útil incluir en la teoría del caso un marco de referencia geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se perpetraron los delitos²⁷⁰. Todo ello permite identificar y caracterizar a las organizaciones criminales responsables así como los modus operandi, prácticas y patrones criminales utilizados. La delimitación del contexto no puede limitarse a describir una situación fáctica sino que también sirve para fijar probatoriamente los aspectos que guarden relación entre sí y que expliquen los nexos entre la conducta punible y el conflicto armado.
217. *Perspectiva de género y enfoque diferencial.* En particular, debe tomarse en cuenta que el riesgo²⁷¹ y la ocurrencia de hechos de violencia sexual en el marco del conflicto frecuentemente se vincula a patrones de discriminación, desigualdad o desventaja social de ciertas poblaciones²⁷² como lo que existen contra mujeres, NNA²⁷³, personas pertenecientes a comunidades étnicas²⁷⁴, población LGBTI²⁷⁵, personas con

²⁶⁹ Respecto a la esclavitud sexual, vale la pena indicar que aunque había sido tipificada por la Ley 599 de 2000 en el mismo tipo penal de prostitución forzada, ésta inicialmente no incluía los elementos específicos del delito. Posteriormente, el Artículo 5 de la Ley 1719 de 2014 incorpora un tipo penal independiente en el que se describen los elementos de la conducta.

²⁷⁰ Fiscalía General de la Nación. (2012) Directiva 001 de 2012. pág. 2.

²⁷¹ Ver Corte Constitucional. Auto 092 del 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Auto 009 del 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷² Ver sección “C. Enfoque Diferencial”, del Capítulo I de este protocolo, párrs. 31 y ss. Ver también: Corte Constitucional. Auto 009 del 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷³ Corte Constitucional. Auto 251 del 6 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁷⁴ Señala la Corte Constitucional: “Las condiciones históricas y estructurales de discriminación, exclusión, marginación y vulnerabilidad de las mujeres pertenecientes a los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes, que en sí mismas resultan manifiestamente acentuadas y más graves incluso que la situación de la generalidad de las mujeres del país, también son exacerbadas a su vez por el conflicto armado, generando para las mujeres indígenas o afrocolombianas un nivel todavía mayor de exposición a los riesgos de género que se han reseñado”, entre ellos, el riesgo de violencia sexual. (Corte Constitucional. Auto 092 del 14 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. aparte III.1.9). Los reportes de las diferentes organizaciones y de las instancias que tramitan casos sobre la temática dan cuenta sobre el mayor impacto que tiene la violencia sexual sobre mujeres, niñas y adolescentes étnicas y sobre la in-visibilización de la problemática: “En este contexto la mayor, más dolorosa y silenciada situación que viven las mujeres indígenas está ligada a la violencia sexual. Realidad poco documentada, no cuantificada, no existen datos que hablen fielmente de esta realidad, se oye con cierta frecuencia de denuncias que luego desaparecen porque no “era cierto”, “era una mala interpretación de los hechos”, “se lo imaginaron.” Organización Nacional Indígena de Colombia (2012). Ver Corte Constitucional. Auto 004 del 26 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. aparte 2.2.10; Corte Constitucional. Auto 005 del 26 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. aparte 90.

²⁷⁵ Hasta el 1 de julio de 2014, la Unidad Nacional de Atención y Reparación a las víctimas había incluido en el Registro Único de Víctimas (RUV), 869 personas cuyos hechos victimizantes estaban relacionados con su orientación sexual e

discapacidad, campesinos y líderes o lideresas. En muchos casos la violencia contra estas poblaciones está vinculada a dinámicas de consolidación del poder y control por parte de actores armados. En otros, a la intención de coacción, poder, retaliación, de doblegar la moral del enemigo o quebrantar su voluntad de lucha.

Aplicación del DIH ante la existencia de un conflicto armado interno

218. *Nexo del hecho con el conflicto armado.* Según la Corte Suprema de Justicia el conflicto armado es un hecho notorio lo que implica que, para la imputación de crímenes de guerra, los (las) fiscales no necesitan probar en cada caso concreto su existencia pero sí su relación con la conducta investigada²⁷⁶. La determinación de este nexo requiere entender que la expresión “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado” tiene un alcance amplio²⁷⁷, ya que el mismo no se agota “en la ocurrencia de confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico”²⁷⁸. Por el contrario, la violencia sexual relacionada al conflicto armado se registra también en lugares remotos y alejados, temporal y geográficamente, de los combates. Así, establecer la existencia de un nexo causal cercano y suficiente entre el conflicto armado, la violencia sexual y su perpetrador, exige determinar cómo esta relación se materializa en la capacidad, la decisión, el modo de ejecución de la conducta y los objetivos que se pretendían con su comisión.
219. *Criterios de aplicación del DIH.* Según la Corte Constitucional, los delitos son tipificados como una infracción al DIH cuando se cumplen con criterios de índole temporal, geográfico y material²⁷⁹.
- a. Criterio temporal: El DIH aplica desde el inicio del conflicto armado y se extiende más allá de las desmovilizaciones, cese al fuego, treguas y cesación de las hostilidades, hasta “cuando se logre un arreglo pacífico”²⁸⁰. En particular, la violencia sexual asociada al conflicto armado puede ocurrir incluso en procesos de desarme, desmovilización y reinserción²⁸¹.
 - b. Criterio geográfico: La aplicación del DIH se extiende más allá de los lugares donde se producen combates, pues “no existe una correlación necesaria entre el área donde se desarrollan los combates y el alcance geográfico de las leyes de la guerra”²⁸². Es

identidad de género. Ver página web: <http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/en/79-noticias/2683-la-unidad-avanza-en-la-reparacion-a-poblacion-lgtbi>.

²⁷⁶ Fiscalía General de la Nación. (2015) Directiva 003 de 2015, por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional. pág. 3.

²⁷⁷ Ramelli Arteaga, Alejandro (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes y Agencia de Cooperación Internacional Alemana – GIZ. pág. 133.

²⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-781 del 10 de octubre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

²⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. pág. 53.

²⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. pág. 54.

²⁸¹ Naciones Unidas (2013). Informe del Secretario General del Consejo de Seguridad, Violencia sexual relacionada con los conflictos. A/67/792-S/2013/149. párrs. 6 y 7.

²⁸² TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, pág. 16 –traducción propia.

decir que las infracciones al DIH se pueden dar incluso en lugares donde no se han ejecutado materialmente confrontaciones²⁸³.

- c. Criterio material: De acuerdo con la Corte Constitucional, la existencia de un nexo cercano entre un delito de violencia sexual y el conflicto armado se evidencia cuando el conflicto ha jugado un rol sustancial en la capacidad y decisión del perpetrador así como en el modo de ejecución que eligió y el objetivo que persiguió al cometer el hecho²⁸⁴.
- i. Capacidad para cometer la violencia sexual: Este aspecto se refiere a la percepción por parte del perpetrador de que puede hacer uso de la intimidación, coacción y el dominio ejercido por los grupos armados en conflicto para la comisión de la conducta delictiva. Este ambiente de control y poder permite y, en ocasiones, incita la comisión de hechos de violencia sexual, tanto por combatientes²⁸⁵ como por terceros²⁸⁶.
- ii. Decisión del autor de cometer la violencia sexual: Este aspecto se refiere a la valoración que hace el perpetrador de determinadas condiciones propias de un conflicto armado que permiten o facilitan la comisión de la conducta, tales como: la ausencia de control por parte de las autoridades civiles, la posición de dominio especial que ejerce el actor armado y la situación de especial vulnerabilidad de la víctima.
- iii. Modo de ejecución de la violencia sexual: Este aspecto se refiere a la incidencia de las condiciones propias del conflicto armado en la selección que hace el perpetrador de las formas, medios y métodos para cometer el delito con el propósito de garantizar el éxito de la conducta, proteger su identidad y evitar su individualización²⁸⁷. Por ejemplo, el perpetrador puede aprovechar los recursos del grupo armado, inclusive cuando es un tercero, para facilitar su conducta.
- iv. *Objetivo para el que se cometió la violencia sexual*. Este aspecto se refiere a la identificación de los objetivos para la comisión de los hechos de violencia sexual

²⁸³ TPIY, *Fiscal c. Tadić*, Decisión de la Sala de Apelaciones sobre su propia jurisdicción, Caso No. IT-94-I-AR72, 2 de octubre de 1995, párrs. 68-70 –traducción propia.

²⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. págs. 56 y 57. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de apelaciones. Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 58– traducción propia.

²⁸⁵ La normatividad que regula los conflictos armados internos establece la categoría de “personas que tienen una función continua de combate” para identificar aquellos que integran los grupos armados que participan en desarrollo de las hostilidades. Este concepto los diferencia de los combatientes, integrantes de fuerzas armadas que actúan en representación de su Estado, lo cual es propio de los conflictos armados internacionales en los que se enfrentan dos o varios Estados. Ver: Melzer, Nils (2009). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.

²⁸⁶ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, ha aclarado que “esto no significa que el autor deba pertenecer a las fuerzas armadas de alguna de las partes contendientes puesto que, como bien ha sido señalado, los crímenes de guerra pueden ser también cometidos por personas que ni son combatientes ni participan directamente en las hostilidades”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicado No. 36125. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. También ver Corte Constitucional. Auto 009 del 27 de enero de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. pág. 28.

²⁸⁷ Ver: “Cartilla 5: Herramientas analíticas para la investigación y ejercicio de la acción penal” en: *Caja de Herramientas: guía práctica para la priorización* (2015). Bogotá: FGN, pág. 20.

y los objetivos de alguna de las partes en el conflicto²⁸⁸. Dichos objetivos pueden estar encaminados a responder a una estrategia militar, a enviar un mensaje ejemplarizante para el control social, entre otros. Así, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, el conflicto armado, si bien no tiene por qué ser la causa última de la comisión de la conducta, debe como mínimo haber jugado un papel sustancial en los objetivos del autor para realizarla²⁸⁹.

220. *Aplicación de los criterios para determinar la existencia de un nexo cercano entre la violencia sexual y el conflicto armado interno.* A continuación, se aplican cada uno de los criterios materiales para evidenciar que los hechos se cometieron con ocasión y en desarrollo del conflicto armado en un caso emblemático de violencia sexual²⁹⁰. En este caso, la Corte Suprema de Justicia determinó la existencia de un nexo cercano entre la violencia sexual, la tortura y el desarrollo del conflicto armado, dando la razón a la impugnante²⁹¹. Los hechos se relacionan con el secuestro, la tortura y el acceso carnal en contra de una habitante del municipio de Sardinata (Norte de Santander), quien posterior al homicidio de su madre y su hermana, fue tomada por sus captores y ocultada de su familia entre 2004 y 2008 en el Estado de Mérida (Venezuela), siendo sometida a reiteradas torturas y acceso carnal por parte de sus captores.

a. *Capacidad para cometer la violencia sexual.* La Corte Suprema concluyó que el conflicto armado fue definitivo en la capacidad del ejecutor para cometer la violencia sexual. El hecho de que los perpetradores hicieran parte de un grupo armado fue determinante para cometer los delitos, “pues gracias al control que ejercían en la región en conflicto donde tuvieron lugar los hechos, lograron, no sólo agotar por largo tiempo dichas conductas punibles, sino evitar que las autoridades pudieran conjurar la situación”²⁹². En este caso, la Corte Suprema identificó una regla de la experiencia que permite afirmar que “en aquellas regiones donde los grupos armados al margen de la ley ejercen su control, lo extienden a la población civil y en particular a las mujeres, respecto de quienes deciden cuándo inician y terminan relaciones interpersonales con ellas”²⁹³.

b. *Decisión del autor de cometer la violencia sexual.* El conflicto armado constituyó un elemento fundamental en la decisión de los ejecutores de cometer el delito,

²⁸⁸ Ver TPIY, *Fiscal c. Limaj y otros*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párr. 91 - traducción propia; *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 59 - traducción propia.

²⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Radicado No. 36125. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

²⁹⁰ En el caso Niño Balaguera, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto en contra de una decisión que había considerado que los delitos de tortura y acceso carnal violento en contra de una mujer por miembros de las llamadas “Águilas Negras” no fueron cometidos en persona protegida, ni “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado” tras considerar que ni la víctima ni sus familiares habían estado “directamente involucrados en las hostilidades o en una pugna ideológica”. La Corte Suprema casó el fallo tras argumentar que las conductas perpetradas en contra de la víctima sí guardaron relación estrecha con el conflicto, pues el conflicto proporcionó el sustrato de coacción, terror e indefensión que las hizo posibles. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

²⁹¹ En esa ocasión, la Corte Suprema de Justicia se refirió a los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. págs. 56 y 57.

²⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. pág. 60.

quienes consiguieron la sumisión de la víctima valiéndose de la “posición dominante que les otorgaba (...) su pertenencia al grupo armado ilegal denominado Águilas Negras [lo que] fue decisivo para llegar a los abusos sexuales, el secuestro y los actos de tortura”²⁹⁴.

- c. *Modo de ejecución de la violencia sexual.* El conflicto armado fue decisivo en la forma en que se ejecutó la violencia sexual en contra de la víctima, por lo que otros hechos de violencia aseguraron las condiciones propicias de sumisión para su ejecución. La violencia sexual se ejecutó con posterioridad a los homicidios de su madre y hermana, antecedentes que impidieron el uso legítimo de su voluntad. Tiempo después fue trasladada a otro país en donde cambiaron su identidad con el fin de eliminar su rastro por completo²⁹⁵. Estos hechos estuvieron mediados por el sometimiento ejercido por los agresores en contra de la víctima quien, conociendo el alcance del ejercicio de la violencia por parte de sus agresores, estaba impedida de oponerse al control ejercido por sus captores.
- d. *Objetivo para el que se cometió la violencia sexual.* El conflicto armado incidió en los objetivos de los perpetradores al cometer la conducta. En este caso particular, la comisión de la violencia sexual tuvo como marco el cumplimiento de una orden dada por el superior jerárquico, con la que se pretendía ultimar a la familia de la víctima, situación que fue aprovechada por los ejecutores para cometer la violencia sexual. Así, en el contexto del cumplimiento de los deberes de los ejecutores, se dio el secuestro de la víctima, al que le siguieron la violencia sexual y la tortura.

Aplicación de la categoría de persona protegida como sujeto pasivo calificado

- 221. *Persona protegida como sujeto pasivo calificado en los delitos contra el DIH.* El Título II del libro segundo del Código Penal incluye para los delitos de violencia sexual un sujeto pasivo calificado en el que incorpora el concepto de persona protegida. Para comprender lo que entiende el legislador como persona protegida, el Artículo 135 presenta un listado²⁹⁶ que incluye civiles, personas que no participan directamente en las hostilidades, combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga o estén fuera de combate, personal religioso y sanitario, entre otros²⁹⁷.
- 222. *Población civil.* Son civiles todas las personas que no son miembros de las fuerzas armadas estatales o de los grupos armados organizados de una parte en conflicto²⁹⁸.

²⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. pág. 58.

²⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Radicado No. 39392. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. pág. 59.

²⁹⁶ De acuerdo con el Artículo 135 de la Ley 599 de 2000, se entiende por personas protegidas: Los integrantes de la población civil; las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; el personal sanitario o religioso; los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; quienes antes del comienzo de las hostilidades fueran considerados como apátridas o refugiados; y cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I a IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977.

²⁹⁷ Así mismo, según el Artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, son personas protegidas: “las personas que no participan directamente en las hostilidades, los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”.

²⁹⁸ Según el Comité Internacional de la Cruz Roja: “En un conflicto armado no internacional, los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integrados solo por personas cuya

Están protegidos contra los ataques directos en todo momento, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación. Este concepto se construye en contraposición con el de combatientes y quienes tienen función continua de combate que hace referencia a las personas que “por formar parte de las fuerzas armadas o de los grupos armados irregulares, y tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles”²⁹⁹.

223. *Obligación de investigar la violencia sexual contra combatientes o quienes tienen funciones continuas de combate.* La violencia sexual está prohibida en toda circunstancia del conflicto armado, independientemente de la calidad de las víctimas. De este modo, a pesar de que el concepto de persona protegida de los tipos penales del Título II no incluye a quienes tienen una función continua de combate ni a quienes tienen una participación directa en las hostilidades, los hechos constitutivos de violencia sexual en contra de estas personas deben ser igualmente considerados e investigados como hechos relacionados al conflicto armado. Al respecto, el Estatuto de Roma sanciona como crimen de guerra la violencia sexual cometida en contra de cualquier persona³⁰⁰. De allí que, el (la) fiscal del caso puede hacer una interpretación extensiva de esta normatividad para investigar los hechos de violencia sexual contra combatientes, ya sea adecuándolos a las conductas del Título II del CP o a los delitos de violencia sexual del Título IV del CP. En cualquier caso, más allá de la selección del tipo penal, el equipo de trabajo debe tener en cuenta el contexto del conflicto armado que ilustra dichos delitos para elaborar el programa metodológico, establecer hipótesis y determinar los actos investigativos necesarios.
224. *La violencia sexual como infracción a la norma de ius cogens de prohibición de la tortura.* El DIDH, que se aplica de manera concurrente con el DIH, establece como norma de *ius cogens*³⁰¹ la prohibición de la tortura. Esta prohibición es de carácter absoluto e inderogable y se aplica en todo momento y lugar³⁰². Algunas formas de violencia sexual, por el dolor y sufrimientos que causan en las víctimas y al ser usadas para obtener información, confesión o proferir castigos, pueden entenderse como formas de tortura y estar integradas al *ius cogens*³⁰³. Cuando los hechos de violencia

función continua es participar directamente en las hostilidades”. Comité Internacional de la Cruz Roja (2010). Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario, pág. 19.

²⁹⁹ La Corte Constitucional, en su sentencia C- 291 de 2007, diferenció en un sentido genérico y específico el concepto de combatiente. La acepción genérica de combatiente “hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles”. Corte Constitucional. Sentencia C-291 del 25 de abril de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. pág. 80.

³⁰⁰ El Artículo 8(3)(iv) del Estatuto de Roma entienda como crimen de guerra las violaciones graves a las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos, sección dentro de la cual prohíbe los hechos de violencia sexual que se puedan presentar en contra de cualquier persona. (Cursivas fuera del texto)

³⁰¹ La Corte Constitucional, ha entendido como norma del *ius cogens* “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Corte Constitucional. Sentencia C – 225 del 18 de mayo de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. pág. 90.

³⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004. párr. 111.

³⁰³ Ver TPIY, *Fiscal c. Furundžija*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-95/17-I-T, 10 de diciembre de 1998, párrs. 163-164- traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Kunarac*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/I-T, 22 de febrero de 2001, párrs. 497, 655-656- traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Delalić y otros* (llamado caso Čelebici), Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-21, 16 de noviembre de 1998, párrs. 495-496- traducción propia; TPIR, *Fiscal c. Semanza*, Fallo y sentencia de primera instancia, Caso No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003, párr. 485-

sexual encuadren en la descripción típica del delito de tortura tiene lugar un concurso ideal de conductas punibles.

E. Violencia sexual como delito de lesa humanidad

225. *Naturaleza y elementos de los delitos de lesa humanidad.* La Ley 1719 de 2014 reconoció que los actos de violencia sexual pueden constituir crímenes de lesa humanidad y estableció que la autoridad judicial que adelante la investigación y el juzgamiento, debe declarar que las conductas investigadas o judicializadas son de lesa humanidad, cuando se cumpla con los requisitos legales³⁰⁴. Esta ley entiende por “crimen de lesa humanidad” los actos de violencia sexual cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil siempre que el perpetrador conozca de dicho ataque³⁰⁵.
226. *El Estatuto de Roma como elemento que permite reforzar la judicialización de la violencia sexual como delito de lesa humanidad.* Ante la ausencia de aplicación directa de las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma, el (la) fiscal debe aplicar las disposiciones internas en materia de crímenes de violencia sexual y puede remitirse a la legislación y la jurisprudencia internacional como fuente de interpretación. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que es posible hacer reenvío a las disposiciones del Estatuto de Roma con el fin de “dotar de contenido y alcance una determinada expresión legal”³⁰⁶, como los elementos que constituyen los crímenes de lesa humanidad.
227. *Elementos estructurales de los crímenes de lesa humanidad.* La expresión “lesa humanidad” apunta a subrayar la gravedad del crimen y a destacar que estos no sólo afectan a un individuo sino a toda la especie humana. Dichos delitos son infracciones graves al DIDH y se cuentan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional³⁰⁷. A continuación, se describen brevemente los elementos estructurales de estos crímenes:
- a. *Existencia de un ataque:* Se entiende por “ataque” una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos de violencia³⁰⁸. No necesariamente debe ser de orden militar³⁰⁹. Abarca una serie o flujo global de eventos, en oposición a actos espontáneos o aislados de violencia³¹⁰. El ataque contra una población civil debe ser

traducción propia. Ver también la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro contra Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 312-313; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso J. contra Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrs. 365-366.

³⁰⁴ Artículo 15 de la Ley 1719 de 2014.

³⁰⁵ Artículo 15 de la Ley 1719 de 2014.

³⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 290 del 18 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, pág. 35.

³⁰⁷ Artículo 7(1). *Elementos de los Crímenes* (2002). Aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer período de sesiones Nueva York.

³⁰⁸ Artículo 7 del Estatuto de Roma Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

³⁰⁹ Artículo 7(3). *Elementos de los Crímenes* (2002). Aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer período de sesiones Nueva York.

³¹⁰ Ver: CPI, *Fiscal c. Bemba*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr.75-traducción propia. En el caso *Gbagbo*, la CPI señaló que “Cuando se alega la existencia de un ‘ataque contra una población civil’ por medio de la descripción de una serie de incidentes, el fiscal debe establecer el umbral requerido mostrando que un número suficiente de incidentes relacionados con el supuesto ‘ataque’ se llevó a cabo. Esto es aún más así en el caso que ninguno de los incidentes, tomados aisladamente, podría establecer la existencia de un ‘ataque’”. CPI, *Fiscal c. Gbagbo*,

generalizado o sistemático, no siendo necesario probar la existencia de ambos elementos³¹¹.

- b. *Ataque generalizado*: La generalidad del ataque se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas resultante (*elemento cuantitativo*)³¹². Igualmente, se ha entendido que el carácter generalizado se cumple cuando el ataque es llevado a cabo en un área geográfica grande o, en una pequeña pero dirigido contra un gran número de civiles³¹³.
- c. *Ataque sistemático*: El carácter sistemático del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria³¹⁴, atendiendo a una repetición no accidental de la conducta criminal que ha seguido un patrón regular³¹⁵ (*elemento cualitativo*).
- d. *Ataque dirigido contra una población civil*³¹⁶. Para probar la ocurrencia de un crimen de lesa humanidad se requiere que el ataque sea dirigido principal aunque no exclusivamente contra la población civil³¹⁷.
- e. *Conocimiento de la existencia del ataque por parte del acusado*. Se debe demostrar que el acusado conocía que el acto en cuestión hacía parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Ello se puede establecer a través de evidencia sobre el contexto de los hechos³¹⁸. Este elemento no implica probar que el acusado tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política criminal³¹⁹.

Decisión posponiendo la confirmación de cargos de Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11, 3 junio de 2013, párr.23- traducción propia.

³¹¹ CPI, *Fiscal c. Bemba*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 82- traducción propia.

³¹² TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 94- traducción propia; CPI, *Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párr. 394- traducción propia.

³¹³ CPI, *Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párr. 395 - traducción propia. (citando TPIY, *Fiscal c. Blaskić*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, párr. 206). Ver también CPI, *Fiscal c. Bemba*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 83- traducción propia; CPI, *Fiscal c. Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, Decisión de confirmación de cargos, 12 de junio de 2014, párr. 224- traducción propia.

³¹⁴ CPI, *Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párr. 394- traducción propia. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párr. 94- traducción propia; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 13 de mayo del 2010. Radicado No. 33118 y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de septiembre del 2010. Radicado No. 30380. Magistrada Ponente: Maria del Rosario González, págs. 97 y 98.

³¹⁵ CPI, *Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/07, 30 de septiembre de 2008, párr. 397- traducción propia.

³¹⁶ Será la situación fáctica de la víctima al momento de los crímenes, más que su estatus formal, lo que determine su condición de civil. En este contexto, la noción "directamente en contra" pone énfasis en que la población civil fue el objetivo del ataque y en la intención del perpetrador de que la población civil sea el objetivo del ataque. TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002, párrs. 91-92.

³¹⁷ TPIY, *Fiscal c. Martić*, Sentencia de apelaciones, Caso No. 95-11-A, 8 de octubre de 2008, párr. 305- traducción propia.

³¹⁸ No es necesario pedir al autor del acto que se adhiera a los objetivos del proyecto criminal del estado u organización, ni la existencia de una voluntad deliberada del autor que su acto sea parte del ataque (...). El móvil del autor es irrelevante. CPI, *Fiscal c. Katanga*, Sentencia de primera instancia, ICC-01/04-01/07-3436, 7 de marzo de 2014, párr.1125. TPIY, *Fiscal c. Kordić y Čerkez*, Sentencia de Apelaciones, Caso No.: IT-95-14/2-A, 17 de diciembre de 2004, párr. 99- traducción propia.

³¹⁹ Artículo 7(2). *Elementos de los Crímenes* (2002). Aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Primer período de sesiones.

228. *Criterios diferenciados de los delitos de lesa humanidad por la CSJ.* En varias decisiones, la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a los delitos de lesa humanidad utilizándolos como herramienta para superar la impunidad existente en casos en los que la acción penal se encuentra prescrita. La Corte Suprema ha establecido que el reconocimiento de un delito de lesa humanidad se debe alejar de criterios, tales como: la asociación a la existencia de un conflicto armado; la gravedad intrínseca de la conducta penal; o la importancia individual de la víctima³²⁰. Por el contrario, su existencia está relacionada con elementos materiales del ataque, como su generalidad o sistematicidad³²¹. En sus sentencias, la Corte Suprema ha hecho referencia a otros elementos definitorios de los delitos, como son: i) constituir actos inhumanos; ii) dirigirse en contra de la población civil; y iii) cometerse con móviles discriminatorios³²².
229. *Determinación de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad.* Para establecer que un acto de violencia sexual constituye un crimen de lesa humanidad, es necesario probar un nexo cercano entre dicho acto y un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Dicho nexo puede inferirse, entre otras cosas, de: i) la coincidencia geográfica y temporal del ataque y los crímenes; ii) la coincidencia entre los perpetradores de la violencia sexual y los del ataque; y iii) la naturaleza prolongada de los ataques³²³. La conexidad requiere prueba que –a lo mínimo– la violencia sexual no fue aislada o un hecho fortuito y que, por el contrario, fue parte integral de una violencia “a gran escala” (generalizada) u “organizada” (sistemática)³²⁴. Esta conexidad se puede probar si la violencia sexual es perpetrada con un propósito específico, o es utilizada como una forma de perpetuar el ataque. Esto implica demostrar que la violencia sexual fue llevada a cabo en el contexto de una acumulación de actos de violencia, los cuales individualmente pueden variar en gravedad y en naturaleza. En todo caso, un solo hecho de violencia sexual puede constituir un crimen de lesa humanidad si se establece la conexidad entre ese hecho y el ataque generalizado o sistemático contra una población civil³²⁵.

³²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2013. Radicado No. 33118. Pág. 29

³²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 de septiembre de 2010. Radicado No. 30380. Magistrada Ponente: María del Rosario González, págs. 97 y 98.

³²² *Ibidem*.

³²³ Ver TPIY, *Fiscal c. Martić*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-95-11-A, 8 de octubre de 2008, párr. 318- traducción propia; *Fiscal c. Brđjanin*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-99-36-A, 3 de abril de 2007, párrs. 256-257- traducción propia; *Fiscal c. Djordjević*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-05-87/I-A, 27 de enero de 2014, párr. 889- traducción propia.

³²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 13 de mayo del 2010. Radicado No. 33118; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 de septiembre del 2010. Radicado No. 30380. Magistrada Ponente: María del Rosario González, págs. 97 y 98. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/I-A, 12 de junio de 2002, párr. 95- traducción propia. Para una explicación más detallada de cómo probar el nexo cercano entre la violencia sexual y un ataque generalizado o sistemático, ver Baig, Jarvis, Martin Salgado y Pinzauti, (2016) “Contextualising Sexual Violence: Selection of Crimes”, en: Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press.

³²⁵ En el caso Orlando Villa Zapata, el Tribunal Superior de Bogotá señaló que este elemento está dado “en la medida en que se compruebe que va dirigido a la población civil, haga parte de un plan, y se enlace de manera complementaria con otros hechos que dimensionan la magnitud del conflicto”. Ver Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 24 de febrero de 2015, caso Orlando Villa Zapata y otros. Radicado No. 110016000253200883612-00. Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López, párrs. 697 a 786. Ver también TPIY, *Fiscal c. Kunarac y otros*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/I-T, 22 de febrero 2001, párr. 431-

D. Acreditación de los elementos estructurales de los delitos de violencia sexual

230. *Sustentación de los elementos de los tipos penales.* Para demostrar la ocurrencia de una conducta punible el (la) fiscal del caso debe sustentar los elementos estructurales del tipo. Estos son: los verbos rectores, el sujeto activo y el sujeto pasivo de la conducta quienes pueden ser calificados³²⁶. Concentrar la investigación en los elementos estructurales del tipo permite que el equipo de trabajo descarte indagar sobre aspectos irrelevantes como el comportamiento íntimo o sexual de la víctima³²⁷.
231. *Violencia en los delitos de violencia sexual.* La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el elemento de violencia se refiere a toda acción que pretende doblegar, someter o avasallar la voluntad de la víctima, es decir, vencer, hacer desaparecer o anular su resistencia al acto sexual³²⁸ e incluye tanto violencia física como psicológica y moral³²⁹. La Ley 1719 de 2014 adicionó al Código Penal una disposición que define el elemento de violencia como “el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia; la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entorno de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”³³⁰. En este sentido, nunca puede inferirse el consentimiento de la víctima al no existir evidencia de resistencia física o alguna manifestación que exteriorice la oposición de la misma tales como: gritos, pedidos de auxilio, resistencia física, golpes o rasguños contra el agresor³³¹.

traducción propia; TPIY, *Fiscal c. Tadić*, Sentencia de primera instancia, Caso No. IT-94-T, 7 de mayo de 1997, párr. 649 - traducción propia.

³²⁶ Barbosa Castillo, Gerardo (2011). “Teoría del delito. Tipo objetivo”, en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 219.

³²⁷ Embajada Británica de Bogotá y Corporación Excelencia en la Justicia (2013). *Guía práctica para la investigación de los delitos sexuales contra mujeres*. pág. 29.

³²⁸ Corporación Humanas (2009). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Bogotá: Ediciones Antropos. págs. 100 y 101.

³²⁹ Por violencia física se entiende “la fuerza o la agresión que pretende coartar la libertad o la integridad física para hacer desaparecer la voluntad” mientras que la violencia moral se refiere a “un acto de consecuencias psíquicas para conseguir el mismo fin”. Corporación Humanas (2009). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Bogotá: Ediciones Antropos. pág. 101.

³³⁰ Ley 1719 de 2014.

³³¹ Las Reglas 70 a 72 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la Corte Penal Internacional articulan dichos estándares. La Regla 70(a) indica que el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. La Regla 70 (d) establece que la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. De su parte, la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas del TPIY y del TPIR, una disposición probatoria especial para casos de violencia sexual, dispone que no se solicitará la corroboración de las declaraciones de una víctima de agresión sexual. Señala además que el consentimiento no será admitido como defensa si la víctima ha sido sometida a amenazas, intimidación, detención o presión psicológica.

Según estos estándares internacionales de prueba, lo que es pertinente en casos de violencia sexual en el marco del conflicto es la identificación de circunstancias coercitivas que rodearon los hechos de violencia sexual. Las circunstancias coercitivas pueden demostrarse mediante, por ejemplo, la detención, la intimidación, la presión psicológica y las amenazas contra la víctima o un tercero. En el caso *Kunarac y otros*, el TPIY sostuvo que “Cabe señalar que (...) en la mayoría de los casos las circunstancias que rodean la comisión de crímenes de guerra o de lesa humanidad serán casi universalmente coercitivas. Es decir, no será posible un verdadero consentimiento”. La Sala de Apelaciones además aportó ejemplos de circunstancias coercitivas que utilizaron los apelantes en el caso—como la detención de las víctimas en prisiones, sedes militares, centros de detención y apartamentos para fines residenciales de soldados—en las que presumiblemente el acto no sería voluntario ni libremente consentido. (TPIY, *Fiscal c. Kunarac*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. IT-96-23-&23/1-A, 12 de junio de 2002, párrs. 130, 132—traducción propia). Ver también, Corte Europea de Derechos Humanos, *M.C c. Bulgaria*, Ap. No.

232. *Valoración de la violencia sexual desde una perspectiva ex ante.* La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la valoración judicial del elemento de violencia exige asumir una posición *ex ante* que implica “retrotraerse al momento de la realización de la acción”, para examinar si el comportamiento del autor tenía la capacidad de producir el resultado típico, atendiendo a los siguientes elementos: la seriedad del ataque; la desproporción de fuerzas; y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida³³². Adicionalmente, si bien es fundamental que la violencia objetivamente valorada sea la que determine su realización³³³, para que se configure el tipo penal correspondiente, no es necesario que la violencia haya sido concomitante a la perpetración de la acción que constituye el delito sexual³³⁴.
233. *Acceso carnal violento, tentativa y acto sexual violento.* El acceso carnal se caracteriza por la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril o de cualquier parte del cuerpo u objeto³³⁵. En cambio, el acto sexual tiene un carácter residual y comprende todo acto, diferente a la penetración, con el cual se vulneren los derechos a la libertad, formación e integridad sexuales. Respecto de la diferencia entre la tentativa de acceso carnal violento y el acto sexual violento es preciso tener en cuenta que éste último delito no puede entenderse como el resultado de un acceso carnal incompleto. La tentativa de acceso carnal corresponde con actos iniciados que son idóneos e inequívocamente dirigidos a la penetración y que, por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor, dicha penetración no se ejecutó.
234. *Presunción de derecho en los delitos abusivos con menor de 14 años.* Los delitos de violencia sexual de carácter abusivo incluyen un elemento objetivo del tipo penal referido a la edad de la víctima. Esto implica que los niños y niñas menores de 14 años “no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, la realización de conductas que puedan lesionarlas debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva”³³⁶. Por esto último, la perturbación de los bienes jurídicos en los hechos de violencia sexual cometidos contra de menores de edad no admite prueba en contrario y no es objeto de debate³³⁷.

39272/98, 4 de marzo de 2004, párrs. 105-107- traducción propia (que cita favorablemente las afirmaciones de la sentencia de apelación en el caso *Fiscal c. Kunarac y otros*). La sentencia de apelaciones del caso *Gacumbitsi* del TPIR confirmó que: “No es necesario, como requisito legal, que la Fiscalía presente pruebas relativas a las palabras o conducta de la víctima o a la relación de la víctima con el autor del delito. Tampoco necesita presentar pruebas de fuerza. En lugar de ello, la Sala de Primera Instancia está en libertad de inferir la ausencia de consentimiento de las circunstancias de fondo, como del hecho que existió una campaña de genocidio en curso o que la víctima se encontraba en situación de detención”. (TPIR, *Fiscal c. Gacumbitsi*, Sentencia de Apelaciones, Caso No. ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006, párr. 155- traducción propia).

³³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 mayo 13 de 2009. Radicado No. 29308. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

³³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2008. Radicado No. 20413. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

³³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2008. Radicado No. 21691. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

³³⁵ Artículo 212 de la Ley 599 de 2000. Ver también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de abril de 2006. Radicado No. 24096. Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

³³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Radicado No. 29053. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

³³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2000. Radicado No. 13466. Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll. En el mismo sentido, fallos: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2003. Radicado No. 17168. Magistrado Ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de noviembre de 2003. Radicado No. 17068. Magistrado Ponente: Herman Galán Castellanos; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de diciembre de

De allí que, no puede argumentarse la inexistencia del delito con sustento en conocimientos o experiencias previas de esta víctima, manifestaciones de consentimiento o el recibo de determinados beneficios³³⁸. En estos casos el dicho de la víctima “*adquiere una especial confiabilidad*”³³⁹ y no puede ser desacreditado en virtud de su edad con el argumento de que puede ser fácilmente sugestionable o carecer de pleno discernimiento³⁴⁰.

235. *Agravación de los delitos de violencia sexual.* Adecuar correctamente la conducta típica constitutiva de violencia sexual incluye tomar en consideración las causales de agravación así como las circunstancias de mayor y menor punibilidad³⁴¹. Los crímenes de violencia sexual, tanto los relacionados con el conflicto armado como los registrados por fuera de este, se refieren a idénticas circunstancias de agravación que reflejan la posición del indiciado³⁴² o su relación con la víctima³⁴³, la situación de vulnerabilidad de la víctima³⁴⁴, las consecuencias de la violencia sexual³⁴⁵, su relación con prácticas de control social³⁴⁶, y la gravedad³⁴⁷.

2003. Radicado No. 18585. Magistrados Ponentes: Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Marina Pulido de Barón; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005. Radicado No. 18455. Magistrado Ponente: José Luis Quintero Milanés; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 05 de noviembre de 2008. Radicado No. 29053. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

³³⁸ Sentencia de casación donde se revocó una decisión del Tribunal sustentada en que las dos víctimas menores habían aceptado consumir licor y fumar cigarrillo, consientes que eso las llevaría a un estado de embriaguez en el cual se cometió en delito sexual. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008. Radicado No. 29053. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005. Radicado No. 18455. Magistrado Ponente: José Luis Quintero Milanés.

³³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de enero de 2006. Radicado No. 23706. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

³⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicado No. 34568. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

³⁴¹ Las circunstancias de agravación se encuentran disponibles en los Artículos 211 y 216 de la Ley 599 de 2000. El Artículo 211 agrava los delitos de acceso carnal y acto sexual tanto de carácter violento, abusivo o con persona puesta en incapaz de resistir. Por su parte el Artículo 216 se refiere a los delitos de inducción a la prostitución, proxenetismo con menor de edad, constreñimiento a la prostitución. Por último, los tipos penales de los Artículos 217 a 219B incluye sus propias circunstancias de agravación las cuales varían según el delito.

³⁴² A la categoría de la calidad del presunto responsable se asocia el agravante de cuando se trata de un servidor público en ejercicio de sus funciones o su cargo (Numeral 12 del Artículo 58 de la Ley 599 de 2000).

³⁴³ A la categoría de la relación del indiciado con la víctima se asocian: el carácter, posición o cargo de autoridad o que llevara a la víctima a depositar la confianza en el responsable o en los partícipes (Numeral 2, Artículo 211 y Numeral 3, Artículo 216 de la Ley 599 de 2000), las relaciones de parentesco, de matrimonio/unión marital del hecho/convivencia o relación permanente con la unidad doméstica (Numeral 5, Artículo 211 y Numeral 3, Artículo 216 de la Ley 599 de 2000).

³⁴⁴ A la situación de vulnerabilidad de la víctima se asocian los agravantes de cuando la víctima es una persona menor de 12 años (Numeral 4, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000), de 14 años (Numeral 1, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000), o por razones de pertenencia étnica, discapacidad, ocupación u oficio (Numeral 7 del Artículo 211, Numeral 4, Artículo 216 Ley 599 de 2000).

³⁴⁵ A la categoría de las consecuencias de la violencia sexual se asocian las agravantes de contaminación de enfermedad de transmisión sexual y embarazo (Números 3 y 6 del Artículo 211 de la Ley 599 de 2000).

³⁴⁶ A la categoría de relación con prácticas de control social se asocian las agravantes de si la intención fue generar control social, temor u obediencia (Numeral 8, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000) o como retaliación, represión, silenciamiento de personas que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o política o se desempeñan como lideresas/líderes y defensoras/defensores de DH (Numeral 5, Artículo 216 de la Ley 599 de 2000).

³⁴⁷ Las circunstancias de agravación se encuentran disponibles en los Artículos 211 y 216 de la Ley 599 de 2000. El Artículo 211 agrava los delitos de acceso carnal y acto sexual tanto de carácter violento, abusivo o con persona puesta en incapaz de resistir. Por su parte el Artículo 216 se refiere a los delitos de inducción a la prostitución, proxenetismo con menor de edad, constreñimiento a la prostitución. Por último, los tipos penales de los Artículos 217 a 219B incluye sus propias circunstancias de agravación las cuales varían según el delito.

236. *Respeto del no bis in ídem en la agravación de las conductas.* Al definir las circunstancias de agravación o de mayor punibilidad aplicables para un caso concreto debe respetarse los derechos del procesado, incluyendo el principio de *non bis in ídem* que prohíbe la doble o múltiple valoración. Esto implica que “de una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado”³⁴⁸. En este sentido, por ejemplo, la misma circunstancia fáctica no puede ser simultáneamente el fundamento para imputar un delito y una causal de agravación. Así, no se puede: a) calificar el delito como abusivo por incapaz de resistir alegando la condición de discapacidad de la víctima y al mismo tiempo agravar la conducta por esa misma razón³⁴⁹; b) calificar el delito como abusivo con menor de catorce años y utilizar la circunstancia de agravación por la edad de la víctima³⁵⁰; o c) calificar el delito como acoso sexual alegando que el autor se valió de su posición de autoridad o poder y aplicar el agravante que refleja el carácter, la posición o el cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza³⁵¹. En los mismos términos no se puede justificar la concurrencia de una causal de agravación punitiva y una de mayor punibilidad en una misma circunstancia fáctica. Por esto no es admisible agravar el delito sexual por cometerse contra un pariente, cónyuge o compañera/o permanente o persona integrada a la unidad doméstica³⁵² y adicionalmente aplicar la circunstancia de mayor punibilidad de ejecutar la conducta con incumplimiento de los deberes de parentesco³⁵³.
237. *Concurso ideal de delitos sexuales.* El concurso ideal de conductas punibles, también conocido como concurso heterogéneo simultáneo, se registra cuando una sola conducta, ya sea de acción u omisión, se adecúa perfectamente a dos o más tipos penales sin excluirse entre sí. Un concurso ideal exige que concurren tres elementos: unidad de acción; múltiple desvalor frente a la norma y unidad de sujeto agente³⁵⁴. Para corroborar la existencia de un concurso ideal, el (la) fiscal debe descartar la existencia de un único tipo penal aplicable a través de herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad³⁵⁵.
238. *Prescripción de la acción penal en casos de violencia sexual.* El término general de prescripción corresponde al máximo de la pena fijada salvo para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra en los que la acción penal es imprescriptible³⁵⁶. Establecer el término de prescripción de un caso de violencia sexual

³⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de marzo de 2007. Radicado No. 25629. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁴⁹ Numeral 7, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000. Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009. Radicado No. 26013. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009. Radicado No. 31306. Magistrado Ponente: María del Rosario Gonzalez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de julio de 2007. Radicado No. 21528. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de enero de 2006. Radicado No. 19814. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas.

³⁵⁰ Numeral 4 del Artículo 211 de la Ley 599 de 2000. Al respecto ver: Corte Constitucional. Sentencia C-521 del enero 14 de 2009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

³⁵¹ Numeral 2, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

³⁵² Numeral 5, Artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

³⁵³ Numeral 7, Artículo 158 de la Ley 599 de 2000.

³⁵⁴ Sampedro Arrubla, Camilo (2011). “Concurso de tipos penales”, en: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pág. 322.

³⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C - 121 del 22 de enero de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁵⁶ Artículo 89, párr. 6 de la Ley 599 de 2000.

implica además tomar en cuenta las siguientes consideraciones: i) el término de prescripción es de 30 años si la violencia sexual concurre con la desaparición forzada, tortura u homicidio de un defensor o defensora de derechos humanos, integrante de una organización sindical, periodista y el desplazamiento forzado³⁵⁷; ii) el término de prescripción se aumenta en una tercera parte si la violencia sexual se atribuye a un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ello³⁵⁸; iii) el término se aumenta a la mitad si la violencia sexual fue iniciada o consumada en el exterior³⁵⁹; o iv) el término de prescripción es de 20 años a partir del momento en que la víctima alcance 18 años si la violencia sexual se comete contra NNA³⁶⁰.

E. Atribución de responsabilidad en casos de violencia sexual

239. *Categorías de atribución de responsabilidad.* El Código Penal establece que concurren en la realización de la conducta punible autores y partícipes. En su artículo 29 incluye dentro de la categoría de autoría a las personas que: i) realizan la conducta por sí mismas; ii) utilizan a otra como instrumento; iii) previo acuerdo común, se dividen el trabajo criminal y hacen aportes importantes a la comisión del delito; y iv) realizan la conducta punible actuando como miembros u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, incluso cuando los elementos especiales del tipo no concurren en éstas. Mientras tanto, el Código Penal en su artículo 30, reconoce como partícipe a quien determine a otro a realizar la conducta punible y a quien contribuya a la realización de ésta o preste ayuda posterior para ocultarla³⁶¹.
240. *Análisis de autoría y participación.* A partir de las categorías de atribución de responsabilidad establecidas en el Código Penal, el (la) fiscal y su equipo de trabajo, desde la elaboración del programa metodológico hasta el planteamiento de la teoría del caso en juicio, deben tener en cuenta las diferencias en los roles y aportes de las personas involucradas en la ocurrencia de la conducta punible para determinar quién es autor y quién partícipe. Así, la diferencia fundamental entre autores y partícipes radica en la esencialidad del aporte de los primeros en la configuración del hecho³⁶². Estos aportes pueden darse, incluso, cuando una persona tiene la posibilidad de prever la ocurrencia de hechos de violencia sexual, y teniendo este conocimiento les da lugar a través de (i) la formulación o ejecución de un plan criminal, (ii) la emisión de órdenes directas o indirectas, (iii) la generación de condiciones que los facilitan, (iv) la instigación o (v) la omisión de acciones que los eviten o sancionen teniendo el control efectivo para hacerlo³⁶³.

³⁵⁷ Parágrafo segundo, Artículo 89 de la Ley 599 de 2000; Ley 1309 de 2009; Ley 1426 de 2010; Ley 1719 de 2014.

³⁵⁸ Parágrafo quinto, Artículo 89 de la Ley 599 de 2000.

³⁵⁹ Parágrafo sexto, Artículo 89 de la Ley 599 de 2000.

³⁶⁰ Artículo 1 de la Ley 1154 de 2007.

³⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 1º de julio de 2015. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

³⁶² Al respecto Montealegre y Perdomo señalan: “no todas las contribuciones tienen la misma entidad, porque entre ellas existen diferencias significativas, debemos deslindar la cuota de responsabilidad que a cada uno le concierne en el delito. Los coautores deben brindar aportes de igual jerarquía y entidad relevante para la estructuración del suceso típico. Los cómplices, de menor significado para la realización del tipo.” Montealegre Lynett, E. y Perdomo Torres, J. (2006) *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: UEC, pág. 70.

³⁶³ Inclusive, es inválida la defensa de superiores jerárquicos que alegaron la expedición de órdenes o reglamentos prohibiendo la violencia sexual y, sabiendo que los crímenes continuaron, no tomaron acciones efectivas para evitarlos.

241. *Sanción de todos los responsables como garantía de la debida diligencia.* En garantía de los derechos de las víctimas, la investigación efectiva de la violencia sexual implica la investigación de todas aquellas personas que ejercieron algún rol de autoría o participación en la comisión del delito. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta obligación hace parte del principio de debida diligencia que deben seguir los Estados en las investigaciones de violaciones a los derechos humanos, incluyendo por supuesto la violencia sexual. Es así como la investigación debe ir más allá de la identificación del autor material y abarcar a todos los involucrados en el crimen, sean estos “autores materiales, intelectuales, partícipes o encubridores”³⁶⁴.
242. *Superación de la tesis de los delitos sexuales como delitos de propia mano.* Uno de los principales mitos que debe vencerse para la investigación efectiva de la violencia sexual es la idea de que estos delitos son de propia mano, en particular los tipos penales de acceso carnal y acto sexual³⁶⁵. Esta noción implica que la responsabilidad se atribuye exclusivamente al que realiza directamente la conducta³⁶⁶. Esto conduce inaceptablemente a que sólo el ejecutor corporal directo de los delitos pueda ser autor o coautor, excluyendo la autoría de cualquier persona que, aunque no haya participado directamente en la acción descrita por el tipo penal, su rol y aporte hayan sido determinantes en la ejecución de los hechos³⁶⁷. La superación de la noción de los delitos de violencia sexual como “delitos de propia mano” protege de forma adecuada los bienes jurídicos tutelados.
243. *Modelos para imputar autoría en caso de concurso de personas*³⁶⁸. En caso de concurso de personas para crímenes de violencia sexual, el (la) fiscal debe identificar los conceptos y elementos que componen los diferentes modelos de atribución de responsabilidad aplicables en el ordenamiento jurídico colombiano y, probarlos³⁶⁹, según las circunstancias fácticas específicas y las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad³⁷⁰. Es fundamental que el (la) fiscal, ante un caso de

Goy, Jarvis y Pinzauti. (2016) “Contextualizing sexual violence and linking it to senior officials”, en Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press, pág. 254. Para ahondar sobre los diferentes modos de responsabilidad del derecho penal internacional asociados a la comisión de violencia sexual en contextos de graves violaciones a los derechos humanos. Ídem.

³⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. *supra* nota 4, párr. 217.

³⁶⁵ Los delitos de propia mano se sustentan en la concepción naturalista de la acción en la dogmática penal, que respalda una teoría formal-objetiva de la autoría y la participación, que se interesa únicamente en la realización física del verbo rector dispuesto en los tipos penales.

³⁶⁶ Hernández Esquivel, Alberto (2002). “Autoría y participación”, en *Lecciones de derecho penal parte general*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, pág. 277.

³⁶⁷ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier (2004). *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Madrid: Editorial Dykinson.

³⁶⁸ Aunque este capítulo no se detiene en los modelos de atribución de responsabilidad para partícipes es importante destacar que algunos elementos descritos en los modelos de atribución de responsabilidad para autoría pueden ser utilizados para imputar la responsabilidad de otras personas en calidad de determinadores o cómplices, siempre y cuando su aporte sea accesorio a la ocurrencia de los delitos de violencia sexual. Particularmente son útiles las referencias hechas sobre la necesidad de probar la probabilidad de que el imputado previera la ocurrencia de los hechos. Este es el caso, por ejemplo, de personas que, sin tener una relación de dominación con el autor material de los hechos promueven la violencia sexual a través de discursos y su participación se prueba cuando los autores son conscientes de estos.

³⁶⁹ No es el propósito de este protocolo de investigación sugerir la utilización de un modelo específico de atribución de responsabilidad para efectos de la investigación y judicialización de la violencia sexual.

³⁷⁰ Los tribunales internacionales han reconocido distintas formas de responsabilidad para imputar los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto. Para un análisis detallado de las formas de responsabilidad empleadas en el TPIY para imputar estos delitos contra máximos responsables, ver Goy, Jarvis, Pinzauti, (2016). “Contextualising Sexual Violence and

violencia sexual, siempre considere los elementos de los modelos de imputación que conducen a la formulación de hipótesis sobre el concurso de personas en la comisión de los delitos, aun cuando, en principio, sólo conozca la existencia de un perpetrador directo. Esto implica, incluso, tener en cuenta la posible participación de personas que no se encuentren en el lugar de los hechos y/o que no estén relacionadas con el autor directo a través de un vínculo jerárquico. Esta guía es clave para superar los mitos de que estos delitos son oportunistas y ocurren, en todos los casos, por la intención aislada del perpetrador directo.

- a. *Posición de garante.* La posición de garante como modelo de atribución de responsabilidad se sustenta en las expectativas de comportamiento que tiene una sociedad respecto del rol de las personas como sujetos de derechos y obligaciones. Esta forma de atribución de responsabilidad se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia, ya sea por organización o por institución³⁷¹. En casos de violencia sexual, un análisis de la competencia por organización puede ser útil para imputar la responsabilidad de miembros de grupos armados y sus comandantes en la comisión de los hechos punibles³⁷². Por su parte, un análisis de la competencia en virtud de la institución de la familia, por ejemplo, permite identificar la posible autoría de padres que, en su posición de garante, inciden en la violencia sexual de hijos e hijas cometidas por una pareja.

El análisis de la posición de garante sustenta la atribución de responsabilidad en los delitos de acción y los de comisión por omisión. El fundamento de responsabilidad en estos últimos se encuentra establecido en el Artículo 25 del CP y se determina por la concurrencia de tres elementos: “(i) la obligación legal de actuar del presunto responsable; (ii) la activación del deber de realizar la acción esperada; y (iii) la posición objetiva que permita realizar materialmente la acción esperada a quien tiene obligación de llevarla a cabo”³⁷³. En los delitos de

Linking It to Senior Officials: Modes of Liability”, en: Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press. Con respecto de las formas de responsabilidad utilizadas por el TPIR y el Tribunal especial para Sierra Leona, ver por ejemplo: Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (2014) “Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda”, Anexo C, III. Para ahondar sobre la responsabilidad por complicidad ver: Oosterveld, V. (2012) “Gender and the Charles Taylor Case at the Special Court for Sierra Leone”, 19 Wm. & Mary J. Women & L. págs. 30-32. Sobre el análisis de la responsabilidad por participación de una empresa criminal común ver: Tribunal especial para Sierra Leona, *Fiscal c. Sesay y otros*, Sentencia de Segunda Instancia, Caso No. SCSL-04-15-A, págs. 98-137. Para un análisis de la teoría de la responsabilidad de comandantes por delitos de violencia sexual cometidos por subordinados, ver CPI, *Fiscal c. Bemba*, Sentencia de Primera Instancia, Caso No. ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, págs. 340-359.

³⁷¹ La competencia por organización se caracteriza porque el garante ha incumplido su deber de evitar el resultado de un riesgo o peligro que él mismo ha creado para los bienes penalmente protegidos. Por su parte, en la competencia en virtud de institución las expectativas del rol de garante se definen a través de las instituciones especiales de la sociedad. Por ejemplo la institución familiar, las especiales relaciones de confianza, el Estado, entre otros. Montealegre Lynett, E. y Perdomo Torres, J. (2006) *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: UEC, pág. 62. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Luis Eduardo Montealegre Lynett, pág. 31.

³⁷² Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 de 2016 “Por medio de la cual se adoptan fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”.

³⁷³ Olásolo Alonso, Héctor (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, pág. 741.

comisión por omisión la atribución de responsabilidad surge del incumplimiento de un deber de acción específico que da lugar a un resultado dañino.

En la jurisprudencia internacional se desarrolló la responsabilidad del superior jerárquico, sustentada en: la existencia de una relación jerárquica (formal o informal) y de control efectivo entre el imputado y el perpetrador directo, reconocida por los subordinados, por terceros testigos y/o por el imputado; el conocimiento o capacidad de prever la ocurrencia de la violencia sexual; y la omisión de acciones a su alcance para evitarlo o castigar al autor material. Por su parte, el Estatuto de Roma, define este tipo de responsabilidad, incluyendo además la obligación de superiores jerárquicos de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y judicialización³⁷⁴.

- b. *Coautoría*. Esta forma de atribución de responsabilidad es concebida como uno de los modos en que se presenta el concurso de personas en la ejecución de la conducta punible. La coautoría puede ser utilizada cuando la violencia sexual ocurre como parte de un plan criminal en el cual quienes intervienen en el delito mantienen una relación horizontal. Según los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia, la coautoría aplica cuando existe división del trabajo, siempre que se evidencie: i) un acuerdo común para la realización conjunta de un hecho delictivo, ii) una distribución de las tareas y iii) que los aportes fueron significativos para lograr el resultado. Por ejemplo, en su jurisprudencia la Sala Penal la Corte Suprema halló responsable de un delito de acceso carnal a una persona en calidad de coautor, a pesar de que no realizó directamente la penetración de las víctimas puesto que comprobó que el aporte del inculpado fue significativo y trascendente, al prestarse para trasladar bajo engaño a menores de edad hasta un motel, contribuir a ambientar el escenario y facilitar el consumo de licor³⁷⁵.

A nivel internacional la coautoría como forma de responsabilidad penal ha sido utilizada de una forma un poco más amplia, bajo el modelo de imputación de la empresa criminal común. Según este modelo, en virtud del fin perseguido por los miembros de la empresa criminal común, el aporte de los coautores en los hechos de violencia sexual asociados a ese fin compartido, no se limita a acciones materiales en la comisión del delito, sino que incluye todas las contribuciones que sean significativas en la consecución del propósito acordado. La violencia sexual puede hacer parte de este propósito común desde su formulación inicial, irse incorporando en el desarrollo del plan o ser una consecuencia previsible del mismo.

- c. *Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*. La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se sustenta en la teoría que reconoce como autor a quien tiene el dominio del hecho a través de la acción de un tercero fungible que hace parte de dicho aparato. Esta forma de atribución de responsabilidad está compuesta por los siguientes elementos: i) aparato que

³⁷⁴ Artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

³⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicado No. 31085. Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemus.

funciona al margen del ordenamiento jurídico; ii) relaciones verticales entre el sujeto de atrás y el ejecutor del delito, donde el agente de atrás ostenta un poder de mando o dirección sobre el aparato (poder de mando); iii) fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor dentro del engranaje de la organización, como requisito decisivo para fundamentar el dominio de la organización³⁷⁶; y iv) la elevada propensión al hecho por parte del autor directo³⁷⁷. La autoría mediata por aparatos organizados de poder permite atribuir responsabilidad “tanto al instrumento como a quienes en virtud de la cadena de mando sean autores y coautores mediatos de los hechos punibles investigados”³⁷⁸. Es así como “mientras la responsabilidad del autor mediato se fundamenta en el hecho de haber usado el aparato de poder para planear el acto criminal, la del autor inmediato se fundamenta en haber usado sus propias manos para ejecutar el mismo acto”³⁷⁹. Es importante resaltar que en razón de los mismos hechos, la imputación a superiores no puede ser conjunta por autoría mediata y por coautoría, dado que una y otra categoría se excluyen. Por esto, es fundamental que el (la) fiscal adopte un modelo de atribución de responsabilidad penal consistente.

Para la atribución de responsabilidad como autor mediato por aparatos organizados de poder, el (la) fiscal debe probar que entre el imputado y quien ejecuta directamente la conducta existe una relación jerárquica o de dominación, inclusive cuando ésta es informal o temporal. Además, debe probarse que la acción del imputado contribuyó sustancialmente en la ocurrencia de los hechos de violencia sexual, mediante planes u órdenes. Estos últimos no tienen que incluir explícitamente la comisión de delitos de violencia sexual pero el (la) fiscal debe probar que el imputado tenía la intención directa o indirecta de que los hechos de violencia sexual ocurrieran durante el desarrollo del plan o ejecución de la orden.

En la investigación se puede encontrar evidencia sobre órdenes directas, es decir, dirigidas a que otra persona perpetrara la violencia sexual o actuara por omisión en presencia o conocimiento de estos hechos, u órdenes indirectas, es decir dirigidas a la realización por parte de los subordinados de otras conductas

³⁷⁶ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho*, págs. 165 y ss. Tomado de la Directiva sobre la responsabilidad penal de los dirigentes de aparatos organizados de poder de la Fiscalía General de la Nación (2016).

³⁷⁷ Estos elementos fueron utilizados por la jurisprudencia internacional. Corte Suprema de Justicia de la República de Perú. Sala Penal Especial. Sentencia del 7 de abril de 2009, caso Alberto Fujimori. Expediente No. A.V. 19- 2001, Parte III, Capítulo II, pág. 10. De igual forma, el Estatuto de Roma en el Artículo 25(3) (a) también consagra esta forma de autoría, cuyos elementos han sido desarrollados en detalle por varias salas de la CPI. La Sala de Cuestiones Preliminares I expuso los elementos de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder indicando que: “Para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito a título de autor mediato conforme al Artículo 25 (3) (a) del Estatuto [...] la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes requisitos comunes: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe estar asegurada a través del cumplimiento casi automático con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata”. CPI, *Fiscal c. Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Semussi*, Orden de arresto, Caso No. ICC-01/11-12, 27 de junio de 2011, párr. 69- traducción propia. Ver también CPI, *Fiscal c. Katanga y Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, Decisión de confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008, párrs. 495 y ss.- traducción propia.

³⁷⁸ López Díaz, C (2009). “El caso colombiano”, en: *Ambos Kai, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un caso comparado*. Bogotá: Temis. pág. 187.

³⁷⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). *Derecho Penal y Guerra. Reflexiones sobre su uso*. Bogotá. pág. 35.

punibles o incluso legales, en cuya ejecución era previsible la ocurrencia de la violencia sexual.

En todo caso, cuando no exista prueba de una orden o plan que explícitamente contenga la comisión de hechos de violencia sexual, el (la) fiscal puede utilizar algunos indicadores³⁸⁰ que apuntan a que los hechos fueron o podían ser previstos por el imputado si este conocía elementos tales como: i) la naturaleza violenta del ataque, plan o campaña; ii) la generación de circunstancias que aumentarán la vulnerabilidad o riesgo de las víctimas en ejecución del plan como la separación de hombres y mujeres; iii) los antecedentes violentos de los miembros del aparato organizado de poder reportados en declaraciones o informes; iv) el tipo de tropa involucrada en la ejecución del plan (con reputación violenta y sin entrenamiento); v) las actitudes discriminatorias asumidas por la tropa respecto de poblaciones vulnerables; vi) el uso de representaciones sexualizadas asociadas a condiciones identitarias como propaganda de guerra; vii) acciones que muestren que el aparato y sus miembros estaban siendo equipados para incurrir en violencia sexual (dotación de condones, viagra, servicio de enfermería para aborto, planificación forzada); y viii) incremento de las tasas de enfermedades de transmisión sexual en la comunidad afectada. Además el (la) fiscal puede demostrar que los hechos eran previsibles por el imputado si concurren circunstancias tales como: i) que este jugó un papel activo en la operación en la cual ocurrieron los hechos de violencia sexual; ii) que ocupó una posición de liderazgo y participó en reuniones de alto nivel que le permitieron conocer la ocurrencia de los hechos de violencia sexual; y iii) que jugó un rol fundamental en la creación de un ambiente de impunidad.

La autoría mediata por aparato organizado de poder ha sido utilizada en las sentencias expedidas en el procedimiento especial de Justicia y Paz³⁸¹, como se evidencia en los casos de Salvatore Mancuso Gómez, quien fue condenado en calidad de autor mediato por los hechos de violencia sexual cometidos por sus subordinados en la zona de la Gabarra³⁸², al igual que en el caso de Orlando Villa Zapata, en las acciones desplegadas por el Bloque Vencedores de Arauca de las AUC³⁸³.

³⁸⁰ Goy, Jarvis y Pinzauti plantearon una lista de indicadores que pueden servir a los funcionarios judiciales para argumentar que un imputado pudo prever la ocurrencia de los hechos de violencia sexual. Algunos de estos indicadores son incluidos en este párrafo. Goy, Jarvis y Pinzauti. (2016) "Contextualizing sexual violence and linking it to senior officials", en Brammertz & Jarvis (eds.), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Reino Unido: Oxford University Press, págs. 250 y ss.

³⁸¹ Al respecto ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de septiembre de 2009. Radicado No. 32022. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Radicado No. 38250. Magistrado Ponente: Luís Guillermo Salazar Otero.

³⁸² Ver sentencia contra Salvatore Mancuso y otros, respecto del delito de acceso carnal violento: "Durante la diligencia el reproche de la conducta punible desplegada, del cual fue aceptada la responsabilidad del postulado Salvatore Mancuso Gómez a título de autor mediato siendo el máximo comandante de la organización armada ilegal, se estableció que en ningún tiempo ejerció los debidos controles sobre sus subalternos para efectos de evitar la comisión de la conducta punible en cada uno de los hechos, pues dada las condiciones de las víctimas descritas en el Artículo 58, incisos 2 y 5 de la Ley 599 de 2000, se entiende que la calidad de víctima que ostentan las mujeres se encuentra enmarcada como uno de los delitos más atroces". Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, caso de Salvatore Mancuso Gómez y otros. Radicado No. 110012252000201400027. Magistrada Ponente: Lester María González R. párr. 8652.

³⁸³ Ver sentencia contra Orlando Villa Zapata y otros: "El elemento fundamental que permite identificar el dominio de la voluntad, imprescindible para determinar el dominio del hecho y, de esta manera la autoría, "reside, pues, en la fungibilidad

- d. *Doble imputación.* Cuando uno de los autores es miembro de un grupo armado u organización criminal, el (la) fiscal puede considerar el modelo de doble imputación y así demostrar una relación de imputación entre el colectivo y sus miembros individualmente considerados. Este modelo de atribución de responsabilidad parte de evidenciar la existencia de un “hecho total”, es decir un programa o plan criminal de la organización que relaciona diversas conductas punibles. Esto permite verificar si los hechos de violencia sexual se enmarcan en el contexto de la acción criminal de la organización y por lo tanto pueden ser atribuibles al autor material de la conducta y al colectivo al cual pertenece. Los elementos de la doble imputación son: (i) el comportamiento concreto del sujeto imputable, (ii) el contexto criminal supraindividual, es decir la caracterización del grupo armado, organización y de su programa criminal, y iii) el resultado delictivo como puede ser el homicidio, la violencia sexual, la tortura, entre otros. Es importante enfatizar que “la pertenencia no determina per se la existencia de responsabilidad individual. Para cada caso será imprescindible establecer la relación funcional entre el aporte – o bien: la conducta - individual y el actuar del colectivo, esto es el hecho total.”³⁸⁴ Esta forma de imputación sobre todo contribuye al esclarecimiento de la verdad del conflicto armado.

del ejecutor”. En consecuencia, en esta hipótesis, el autor directo no carece de libertad ni de responsabilidad, pues “ha de responder como autor culpable y de propia mano”. No obstante, para el dominio del hombre de detrás, dichas circunstancias resultan “irrelevantes”, pues para éste el autor inmediato se presenta como “anónimo y sustituible”. Así las cosas, “el ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo, es al mismo tiempo un engranaje – sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 24 de febrero de 2015. caso Orlando Villa Zapata y otros. Radicado No. 110016000253200883612-01. Magistrada Ponente: Uldi Teresa Jiménez López. párr. 418.

³⁸⁴ Fiscalía General de la Nación, Directiva 0001 de 2016 “Por medio de la cual se adoptan fundamentos jurídicos para el análisis de la responsabilidad del dirigente por el hecho de los combatientes en los casos de la imputación de las violaciones masivas a los derechos humanos en el derecho colombiano”, pág. 11.

Capítulo 5

Estrategias para la judicialización de casos de violencia sexual

244. *Contenido.* Este capítulo presenta diferentes posibilidades de judicialización de los casos de violencia sexual tras el desarrollo de una investigación penal rigurosa. Inicialmente aborda algunas pautas a tener en cuenta frente a eventuales decisiones de archivo o preclusión. Seguidamente, introduce algunas consideraciones acerca de la imputación y la solicitud de medidas de aseguramiento así como sobre la posibilidad de entablar preacuerdos. Finalmente, enfoca su atención en la etapa de juicio y sus fases, señalando lineamientos y buenas prácticas para su desarrollo. Para ello, describe algunas herramientas estratégicas a tener en cuenta antes de las audiencias que integran el juicio, momento clave de preparación y organización de todos los elementos que serán expuestos ante el juez y la defensa, así como de concertación con la víctima y/o su representante para anticipar los posibles efectos del proceso judicial. Además, destaca herramientas útiles durante el desarrollo de las audiencias de juicio, deteniéndose en el debate probatorio y los interrogatorios, así como en algunas acciones para garantizar mejores condiciones en la participación de las víctimas. Por último, sugiere algunas prácticas que los (las) fiscales pueden llevar a cabo para apoyar a las víctimas después del juicio, independientemente del sentido de la sentencia.
245. *Ámbito de aplicación de las herramientas del capítulo.* El contenido de este capítulo se fundamenta en la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004. Sin embargo, buena parte de las recomendaciones y las herramientas pueden ser aplicadas al proceso establecido por la Ley 600 de 2000, respetando las diferencias sustanciales entre ambas normas.
- A. Archivo de las diligencias o la solicitud de preclusión del caso³⁸⁵**
246. *Agotar la investigación exhaustivamente.* Este protocolo brinda elementos para garantizar una investigación penal integral. Por eso, las recomendaciones que se dan sobre la decisión de archivo y la solicitud de preclusión sólo deben ser usadas después de garantizar el recaudo de todos los EMP posibles y su análisis objetivo.
247. *Preclusión.* La preclusión de una investigación por violencia sexual es una decisión del juez que cierra la posibilidad de esclarecer los hechos presentados en la noticia criminal. Por ello debe ser una solicitud fundamentada en la garantía de que se adelantó la investigación cumpliendo con la obligación de debida diligencia y aun así no se logró continuar el proceso por alguna de las causales señaladas en la ley³⁸⁶.
248. *Archivo.* Si bien el archivo de diligencias no comporta una extinción de la acción penal, sí lleva consigo efectos importantes para las víctimas. En particular, una decisión de archivo mal sustentada puede afectar el derecho al acceso a la justicia, la verdad y la reparación de la víctima.

³⁸⁵ Tenga en cuenta que estas consideraciones también aplican a las decisiones inhibitorias del procedimiento penal de la Ley 600 de 2000.

³⁸⁶ Artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

249. *Disposiciones comunes al archivo y a la preclusión.* Aun cuando el archivo de diligencias es una figura procesal distinta a la preclusión, a continuación se presentan algunas claves comunes a tener en cuenta antes de tomar estas decisiones:

- a. *No fundamentar la solicitud de preclusión ni la orden de archivo en estereotipos de género o discriminatorios.* La preclusión o el archivo de una investigación no pueden sustentarse en estereotipos de género o discriminatorios que sugieran la inexistencia de la conducta punible³⁸⁷. Por ejemplo, estas actuaciones no pueden fundamentarse en el hecho de que la víctima ejercía la prostitución, tenía una relación sentimental o ya había sostenido relaciones sexuales con el agresor.
- b. *El archivo o la preclusión no pueden sustentarse únicamente en las dificultades o debilidades del testimonio de la víctima o en la inexistencia de EF.* Puesto que existen una multiplicidad de EMP y EF que pueden contribuir a la demostración de la existencia de hechos de violencia sexual, el archivo o la solicitud de preclusión no pueden estar sustentados únicamente en la inexistencia o debilidad del testimonio de la víctima o en la inexistencia de prueba física³⁸⁸. Es importante demostrar que se llevaron a cabo otros actos de investigación.

250. *Elementos para tener en cuenta una vez se ha solicitado la preclusión o decretado el archivo de la investigación.* Una vez el (la) fiscal del caso decida archivar o solicitar la preclusión de la investigación, es fundamental:

- a. Informar de forma efectiva a la víctima y al Ministerio Público la decisión y su fundamento.
- b. En caso de preclusión, notificar a la víctima de manera inmediata y directa la decisión de solicitar la preclusión y la fecha de la audiencia correspondiente³⁸⁹. En particular, explicar las implicaciones con relación al levantamiento de las medidas cautelares, la continuación de la investigación contra otros presuntos responsables cuando así proceda, así como las consecuencias si el (la) juez(a) niega la preclusión³⁹⁰.
- c. Las víctimas tienen derecho a expresar su inconformidad frente a esta decisión solicitando el desarchivo o el rechazo de la petición de preclusión del proceso ante el juez. También pueden aportar nuevos elementos probatorios para solicitar la continuación de la investigación³⁹¹. Antes o durante la audiencia de solicitud de preclusión, el (la) fiscal debe escuchar las inconformidades de la víctima y/o su representante y considerar seriamente sus argumentos.

³⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-520A del 31 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

³⁸⁸ Artículo 19, numeral 1 de la Ley 1719.

³⁸⁹ Artículo 334 de la Ley 906 de 2004.

³⁹⁰ Artículo 335 de la Ley 906 de 2004.

³⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

B. Imputación

251. *Descripción.* La imputación es el acto por medio del cual la FGN, ante un juez con funciones de control de garantías, le comunica al indiciado que de los EMP, EF o información legalmente obtenida se infiere razonablemente que él o ella es autor o partícipe del delito investigado.
252. *Establecimiento de los hechos.* Es importante mantener la congruencia entre la imputación y el núcleo fáctico de la acusación en la identificación y la individualización del presunto responsable y, en general, en los hechos por los que se acusa al procesado.
253. *Interrupción de la prescripción de la acción penal.* La imputación interrumpe el término de la prescripción³⁹². Para determinar este término debe considerarse la regla general de igual tiempo al máximo de la pena fijada si fuera privativa de la libertad³⁹³ así como las excepciones. Los hechos que correspondan con crímenes internacionales son imprescriptibles.

C. Medidas de aseguramiento

254. *Procedencia de la medida de aseguramiento.* En atención a la presunción de inocencia, la privación de la libertad es excepcional³⁹⁴. Por esto, al momento de solicitar la medida de aseguramiento, el (la) fiscal junto con su equipo de trabajo debe demostrar que se cumplen con los principios de legalidad y legitimidad de la detención (que sea idónea, necesaria, razonable, previsible, proporcional y con vigencia de las garantías procesales³⁹⁵). Así, es fundamental que se verifique que los fines para la imposición de la medida se cumplen y pueden ser demostrados en la audiencia. Estos fines corresponden con evitar el potencial riesgo que el imputado pueda representar para la víctima y para la sociedad, impedir que el imputado pueda obstruir la justicia, no comparecer al proceso o no cumplir la sentencia³⁹⁶. En caso de violencia sexual contra NNA, el (la) fiscal debe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 1760 de 2015 y en la 1098 de 2006³⁹⁷.
255. *Elementos para la argumentación de que el imputado representa un riesgo para la sociedad y/o para la víctima.* Para demostrar el cumplimiento de este fin de la medida de aseguramiento deben tenerse en cuenta las siguientes actividades:

³⁹² Artículo 292 de la Ley 906 de 2004.

³⁹³ Artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

³⁹⁴ Artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Corte Constitucional. Sentencia C-634 del 31 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁹⁵ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

³⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

³⁹⁷ De acuerdo con el Artículo 3° de la Ley 1760 de Julio de 2015, la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, cuando se trate de abuso sexual con menor de 14 años, entre otras circunstancias. Además, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, indica que cuando se trate de delitos de violencia sexual contra NNA, entre otros, se aplicarán las siguientes reglas: "1) Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad, previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. 2) No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004".

- Identificar y demostrar el contexto en el que se presentaron los hechos, toda vez que ello resulta determinante para establecer el riesgo que tiene la víctima, su comunidad y la sociedad respecto de futuras acciones criminales del imputado y la organización criminal a la que pertenezca cuando proceda;
- Establecer si calidades especiales del agresor representan un riesgo para la seguridad de la víctima y acreditar que existen. Por ejemplo, debe considerarse lo que implica que el imputado sea familiar de la víctima; un actor armado, haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada; ejerza algún tipo de poder o jerarquía sobre la víctima, su localización sea cercana a la de la víctima; sus antecedentes penales, entre otras circunstancias; y
- Reconocer las calidades especiales de la víctima que la hagan sujeto de protección constitucional reforzada³⁹⁸.

256. *Elementos para la argumentación de posible evasión de la justicia por parte del imputado.* Para determinar que el imputado puede no comparecer al proceso o incumplir la sentencia³⁹⁹ es útil tener en cuenta la información legalmente obtenida, los EMP y EF recolectados que apunten a la ausencia de un domicilio permanente o que den cuenta de factores que faciliten su posible evasión de la justicia.

257. *Elementos para la argumentación de obstrucción de la justicia por parte del imputado.* Para determinar que el imputado puede obstruir el debido funcionamiento de la justicia el (la) fiscal debe tener en cuenta EMP, EF o información legalmente obtenida que demuestren las posibilidades que tiene para destruir o deformar evidencia, intimidar a la víctima o testigos y, en general, entorpecer la actividad probatoria.

D. Preacuerdos en casos de violencia sexual

258. *Requisitos.* El preacuerdo es una facultad reservada para la FGN y las negociaciones se dan entre ésta y el imputado. El (la) fiscal encargado del preacuerdo debe garantizar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes y cumplir con el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia⁴⁰⁰. Cuando la víctima es NNA no es posible realizar acuerdos para disminuir la pena⁴⁰¹.

259. *Participación de la víctima en el preacuerdo.* La víctima tiene derecho a intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la FGN y el imputado/acusado, para lo cual debe ser oída e informada de su celebración por el (la) fiscal y el (la) juez encargado(a) de aprobar el acuerdo⁴⁰². Adicionalmente, tiene derecho a participar directamente en la negociación de un preacuerdo que contemple la reparación del delito cometido y a expresar libremente sus pretensiones de justicia y reparación. También tiene derecho a expresar su oposición al preacuerdo por considerar que éste puede

³⁹⁸ Ver secciones “B. Perspectiva de género de interseccionalidad” y “C. Enfoques Diferenciales” del Capítulo 1 de este protocolo, párrs. 24 y ss.

³⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-794 del 27 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicado No. 34829. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

⁴⁰¹ Numeral 7 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

⁴⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

poner en riesgo su integridad o su dignidad, porque no le satisfacen los mecanismos de reparación acordados o porque no honra a cabalidad su derecho a la justicia.

E. El juicio

260. *Descripción.* Durante el juicio, la FGN desarrolla su capacidad acusatoria. En esta última etapa del proceso se garantizan los principios de publicidad, contradicción e inmediación de la prueba⁴⁰³, así como los derechos de defensa material y técnica del acusado⁴⁰⁴. Respecto de los derechos de las víctimas, en el juicio se permite su participación directa y/o a través de su representante legal. Las fases del juicio presentadas en este protocolo permiten preparar y adelantar las audiencias donde la FGN acusa a los imputados, se practican las pruebas y se dicta sentencia.
261. *Participación de las víctimas.* Es importante destacar que las víctimas tienen derecho a participar en el juicio, ya sea como testigos, como intervinientes especiales o como parte civil dependiendo de su interés y del rol que le otorgue el régimen procesal aplicable. Dicha participación puede impactar a las víctimas de maneras distintas. Para algunas, participar en las audiencias puede ser una experiencia de dignificación y reconocimiento de su sufrimiento. Para otras, dicha participación representa una alta carga emocional y puede dar lugar a su revictimización. Dado que las víctimas tienen motivaciones, necesidades y expectativas distintas, el (la) fiscal y su equipo de trabajo deben evaluar sus necesidades e intereses individuales en las distintas etapas del proceso judicial, y prestarles el apoyo práctico y emocional necesario para que el proceso judicial resulte ser una experiencia reparadora.
262. *La FGN garantiza el ejercicio de los derechos de las víctimas durante el juicio*⁴⁰⁵. El (la) fiscal, como delegado de la FGN, tiene la obligación de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la adecuada participación de las víctimas en el juicio, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral para las mismas. Víctima y FGN tienen una causa común, por cuanto la segunda es la titular de la acción penal y de la acusación (actos que garantizan los derechos de la víctima que es la principal afectada con el delito)⁴⁰⁶. De allí que, el (la) fiscal debe proceder de forma coordinada con la víctima y su representante para armonizar sus esfuerzos.

Antes de las audiencias de juicio

263. *Herramientas aplicables.* Antes de que inicien las audiencias del juicio, el (la) fiscal debe completar las siguientes actividades: i) Analizar los medios probatorios

⁴⁰³ Artículos 336-379 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁰⁴ "De conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos, la Corte ha aceptado que el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública." Corte Constitucional. Sentencia C-127 del 2 de marzo de 2011. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. pág. 23.

⁴⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 7 de diciembre de 2011. Radicado nº 37596. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

disponibles; ii) Preparar la teoría del caso, iii) Reunirse con la víctima; y iv) Preparar la estrategia de juicio.

Análisis de los medios probatorios

264. *Identificar medios probatorios.* A partir de los actos de investigación realizados, el (la) fiscal con su equipo de trabajo deben identificar los medios probatorios disponibles para el juicio.

a. Testimonios⁴⁰⁷: El testimonio es una fuente de información fundamental para el juez. Permite⁴⁰⁸: dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes, demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física, referir circunstancias que corroboren otro medio de acreditación y mejorar la comprensión de los hechos. El testimonio sólo se constituye en prueba con la práctica del interrogatorio y el contrainterrogatorio de los testigos en juicio. Estas pruebas pueden provenir de diferentes tipos de testigos⁴⁰⁹:

i. Testigo víctima: Teniendo en cuenta que la violencia sexual es un crimen que muchas veces ocurre sin testigos, el testimonio de la víctima puede ser una prueba clave, aunque no indispensable. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, no es procedente valorar negativamente el acervo probatorio de un proceso ante la imposibilidad de incluir el testimonio de la víctima en el juicio⁴¹⁰. Se pueden identificar al menos tres escenarios posibles frente a la participación de las víctimas como testigos durante el debate probatorio:

- Que la víctima desee rendir su testimonio en juicio: En este caso la FGN debe brindarle todas las garantías en términos de derechos y protección.
- Que la víctima tenga dudas sobre su participación en juicio: En este escenario, el (la) fiscal debe brindar a la víctima la mayor cantidad de información posible, aclarar sus dudas y manifestarle los mecanismos mediante los cuales sus necesidades particulares y de protección serán tomadas en cuenta durante el juicio. Debe también explicarle cómo su testimonio es importante para sustentar la teoría del caso y qué efectos tiene su decisión de no comparecer ante el juez. Todo ello con el objetivo de darle seguridad y certeza que la incentive a participar en el juicio.
- Que la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio: Si aun después de hablar con la víctima en los términos planteados en el punto anterior, ésta es renuente a presentar su testimonio, el (la) fiscal debe respetar la decisión y analizar la conveniencia de la introducción del testimonio de la víctima en el juicio oral. Así mismo, el (la) fiscal debe rastrear, entre los EMP, EF e información legalmente obtenida (ILO) disponibles, otros medios que puedan suplir los datos relevantes que aportaría la víctima para su teoría del

⁴⁰⁷ Artículos 383-388 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁰⁸ Bedoya Sierra, Luis Fernando (2008). "Medios de prueba", en: *La prueba en el proceso penal colombiano*. Colombia: Fiscalía General de la Nación. pág. 62.

⁴⁰⁹ Ver: "Entrevista a testigos de violencia sexual" y subsiguientes en el Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 154 - 156.

⁴¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicado No. 33651. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

caso. En caso de decidir introducir lo dicho por la víctima a través del testimonio del policía judicial que le practicó la entrevista debe recordar que ésta es una prueba de referencia y no puede ser el único fundamento de un fallo condenatorio.

- ii. Testigo víctima-NNA: Con respecto a este tipo de testimonio es preciso atender a lo expuesto en el artículo 206A de la Ley 906 de 2004. Los NNA deben ser entrevistados una sola vez en el marco de la investigación de los delitos de violencia sexual, puesto que, aun con las posibilidades que brinda el uso de la Cámara Gessel, durante el juicio, pueden causarse daños al pedir al menor de edad que acuda a la audiencia o recuerde el hecho traumático⁴¹¹. De allí que, en ocasiones, sea preciso introducir lo dicho por la víctima NNA a través del testimonio del profesional que realizó la entrevista⁴¹².
 - iii. Testigos presenciales: Estos son quienes han podido conocer de primera mano la ocurrencia de los hechos y su testimonio puede ser determinante en la judicialización de la violencia sexual.
 - iv. Testigos de referencia: son aquellas personas que conocen los hechos de forma secundaria o indirecta, es decir, han sido informadas por la víctima u otros testigos presenciales o han tenido acceso a otros elementos que le otorgan este conocimiento.
- b. Medios probatorios materiales: Estos son los EMP y EF obtenidos durante la investigación. Se caracterizan por brindar información objetiva y veraz. La validez de las pruebas materiales está atada al seguimiento estricto de la cadena de custodia⁴¹³ y, sobretodo en casos de violencia sexual, al seguimiento de las pautas estipuladas en la Ley para garantizar los derechos de las personas involucradas en su recolección. Además las pruebas materiales deben ser introducidas por un testigo que acredite cómo se obtuvieron⁴¹⁴. Aunque “la prueba física, en la mayoría de los casos, no puede reemplazar el testimonio de la /el sobreviviente o testigo”⁴¹⁵, sí es posible lo contrario.
- c. Pruebas periciales: La prueba pericial procede cuando se requieren análisis científicos, técnicos, artísticos o especializados⁴¹⁶ que faciliten la comprensión del juez de la evidencia o de las circunstancias fácticas objeto de investigación. En casos de violencia sexual, las pruebas periciales no se limitan a la participación de peritos forenses (testigos peritos, como médicos, psicólogos u otros)⁴¹⁷, también pueden ser

⁴¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-177 del 26 de marzo de 2014. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, pág. 51.

⁴¹² Ídem.

⁴¹³ Ver: Fiscalía General de la Nación (2012). *Manual de procedimientos para cadena de custodia*. Colombia: Fiscalía General de la Nación. Recuperado el 19 de noviembre de 2015: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/manualcadena2.pdf>.

⁴¹⁴ Ministerio de Relaciones Internacionales y del Commonwealth (2014). *Protocolo internacional de documentación e investigación de violencia sexual en situaciones de conflicto armado*. Londres, Reino Unido. pág.121.

⁴¹⁵ Ministerio de Relaciones Internacionales y del Commonwealth (2014). *Protocolo internacional de documentación e investigación de violencia sexual en situaciones de conflicto armado*. Londres, Reino Unido. pág.121.

⁴¹⁶ Artículo 405 de la Ley 906 de 2004.

⁴¹⁷ En ocasiones la defensa alude a la denominación como “prueba de referencia” del informe pericial proveniente de un centro médico y no del INMLCF para evitar que una condena se fundamente en dicho medio probatorio. El Artículo 406 de

realizadas por expertos en temas asociados a la violencia de género, sus impactos y fenómenos asociados, el derecho penal internacional y sus antecedentes en materia de violencia sexual, las dinámicas socio-políticas regionales o locales asociadas a la violencia sexual, entre otros asuntos. Este tipo de peritajes contribuye a la comprensión de los hechos de violencia sexual, describe el contexto de ocurrencia de los crímenes y hace inteligible la relación de la violencia sexual y otras manifestaciones de la violencia (como masacres o desplazamientos).

- d. Documentos⁴¹⁸: Están dirigidos a demostrar un hecho o algunos de sus elementos. Pueden ser representaciones como fotografías, cuadros, croquis, planos y/o contenidos declarativos como narraciones, documentos públicos o privados. Para que un documento sea presentado en juicio como prueba debe cumplir la presunción de autenticidad⁴¹⁹ y haber sido recolectado respetando la cadena de custodia⁴²⁰. En casos de violencia sexual, las pruebas documentales pueden ser útiles para la acreditación de la ocurrencia de los hechos y/o su contexto, así como para la determinación de los máximos responsables. Este es el caso, por ejemplo, cuando los hechos han ocurrido en el marco de una operación militar y se halla un documento en el que se registraron los objetivos y la estructura de mando de dicha operación⁴²¹. En casos de violencia sexual es importante destacar que las historias clínicas así como otros documentos confidenciales no deben constituirse directamente como medios de prueba documentales, sino que su contenido debe ser explicado por un experto⁴²².
- e. Medios probatorios de referencia⁴²³: Declaraciones rendidas por fuera del juicio oral y de uso excepcional. Esta excepción al principio de inmediación de la prueba se da en casos en los que resulta imposible la comparecencia de los testigos presenciales⁴²⁴, tales como: i) Declaración de víctima o testigo que pierde la memoria; ii) Declaración de víctima de secuestro, desaparición forzada o similar; iii) Declaración de persona enferma impedida de declarar; iv) Declaración de persona fallecida; v) Registros de pasada memoria o archivos históricos; y vi) Declaración de NNA⁴²⁵. Los medios probatorios admitidos como “pruebas de referencia” durante el juicio, siempre deben ser soportados en otros medios de

la Ley 906 de 2004, reconoce la validez probatoria de los informes periciales emitidos por entidades públicas o privadas y particulares especializados y no sólo los emitidos por el INMLCF.

⁴¹⁸ Artículo 424 de la Ley 906 de 2004.

⁴¹⁹ En relación a la presunción de autenticidad de los documentos ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicado No. 25920. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Así mismo, ver Artículos 425-433 de la Ley 906 de 2004.

⁴²⁰ Algunos de estos lineamientos pueden consultarse en: Ministerio de Relaciones Internacionales y del Commonwealth (2014). *Protocolo internacional de documentación e investigación de violencia sexual en situaciones de conflicto armado*. Londres, Reino Unido. págs. 124-126.

⁴²¹ Ídem.

⁴²² Sobre este asunto ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicado No. 25920. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Considerando 2.3.21.

⁴²³ Artículos 437-441 de la Ley 906 de 2004.

⁴²⁴ El concepto de la prueba de referencia no aplica en la Ley 600 de 2000.

⁴²⁵ “Cuando el juez decide no llamar a un menor a rendir testimonio en el juicio oral, pero acepta la declaración que rindió ante expertos forenses o investigadores sobre los hechos cometidos en su contra, ésta será una prueba de referencia”. Embajada Británica de Bogotá y Corporación Excelencia en la Justicia (2013). *Guía práctica para la investigación de los delitos sexuales contra mujeres*. pág. 32. Lo anterior está sustentado en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 2009. Radicado No. 31950. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

prueba, debido a que no es posible basar la emisión de un fallo condenatorio únicamente en pruebas de esta naturaleza⁴²⁶. No se considera prueba de referencia el testimonio rendido por peritos expertos en el juicio oral, quienes introducen con su dictamen lo dicho por la víctima directamente⁴²⁷.

265. *Análisis probatorio*. Una vez identificados los medios probatorios disponibles, el (la) fiscal y su equipo de trabajo deben analizarlos para establecer cómo deben ser introducidos en juicio y preparar la argumentación del caso. El análisis probatorio en la investigación de la violencia sexual ocurrida dentro y fuera del conflicto armado debe tener en cuenta los principios consignados en el Artículo 38 de la Ley 1448 de 2011 y en los Artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014. Dichos artículos disponen, entre otros, que la prueba física o la sexológica no son necesarias para probar la ocurrencia de un hecho de violencia sexual; que no se debe inferir el consentimiento de la víctima de ninguna palabra, gesto o conducta cuando éste no sea voluntario y libre; y que es impertinente e inadmisibile la alusión a sus antecedentes sociales y/o sexuales para desestimar la ocurrencia de los hechos. Dichas reglas reflejan los estándares internacionales de valoración de prueba en casos de violencia sexual en el marco del conflicto.
266. *Principio de libertad probatoria*. En materia de violencia sexual es importante que la FGN considere la libertad probatoria para utilizar cualquier medio de prueba que contribuya al convencimiento del juez sobre la ocurrencia de los hechos (Artículo 373 de la Ley 906 de 2004), sus circunstancias y la responsabilidad individual del acusado. Para la adecuada aplicación del principio de libertad probatoria deben observarse la *legalidad*, *pertinencia*⁴²⁸, *idoneidad (conducencia)*⁴²⁹, *autenticidad y utilidad*⁴³⁰ de la prueba⁴³¹.
267. *Rechazo, exclusión o inadmisibilidad de las pruebas durante el juicio*. Las siguientes situaciones deben evitarse para que los medios probatorios introducidos o solicitados por la FGN sean aceptados en juicio:
- a. El no descubrimiento de una prueba en el escrito de acusación conlleva a su rechazo. Por eso, desde el escrito de acusación -que se lee, ajusta y ratifica en la audiencia- deben incluirse todos los elementos probatorios de la teoría del caso.

⁴²⁶ Artículo 381 de la Ley 906 de 2004. También, Corte Constitucional. Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

⁴²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicado N° 33651. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

⁴²⁸ La pertinencia “consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar”. Echandía, Hernando (2012). *Teoría General de la prueba judicial*. Bogotá: Temis. pág. 125. La prueba no pertinente o irrelevante es “aquella que se aduce a fin de llevar al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso (...) y que por lo tanto no pueden influir en su decisión”. Ibíd. pág. 324.

⁴²⁹ La idoneidad o conducencia determina si el medio de prueba puede demostrar el hecho al que se refiere. Ibíd. pág. 321

⁴³⁰ La utilidad refiere a que la prueba debe ser necesaria o conveniente para demostrar los hechos objetos del proceso. Ibíd. pág. 331.

⁴³¹ Ibíd. pág. 124

- b. La ilegalidad⁴³² y la ilicitud⁴³³ de la prueba conducen a su exclusión. El equipo de trabajo debe observar los requisitos y procedimientos constitucionales y legales para la consecución de EMP, EF e ILO y así garantizar que no se incurra en estos errores.
- c. La legalidad e ilicitud de la prueba no se refieren a defectos en la cadena de custodia, o a la acreditación y autenticidad de los medios probatorios utilizados. Todos estos aspectos de la prueba son controvertidos por la defensa en términos de la eficacia, credibilidad y mérito probatorio⁴³⁴. Los argumentos a favor y en contra son valorados por el Juez.
- d. Los problemas relacionados a la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba conllevan a su inadmisibilidad por cuanto pueden generar confusión, en lugar de claridad, y dilatan el proceso⁴³⁵. Es importante que el equipo de trabajo haga un seguimiento ordenado del inventario de los medios probatorios utilizados y verifique que sean los más adecuados para probar los componentes de la teoría del caso. Así mismo, es recomendable que los medios probatorios utilizados no resulten repetitivos o estén encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba⁴³⁶.
- e. Cuando los medios probatorios se deriven de pruebas excluidas por ilicitud, el (la) fiscal debe revisar si cumplen con alguno de los criterios del Artículo 455 de la Ley 906 de 2004 y valorar si deben ser introducidos en juicio.
- f. El equipo de trabajo debe evitar que los medios probatorios utilizados impliquen una intromisión innecesaria o desproporcionada en el derecho a la intimidad de las personas involucradas⁴³⁷, en especial de la víctima⁴³⁸. En este mismo sentido, la recolección de los medios probatorios no puede implicar tratos degradantes o discriminatorios por razones religiosas, étnicas, ideológicas, políticas, u otras⁴³⁹.

Preparación de la teoría del caso

268. *Utilidad.* La construcción de una teoría del caso sólida, que siga un orden lógico, sea coherente y completa, asegura la judicialización exitosa de casos de violencia sexual y permite aprovechar todos los EMP, EF e información relevante recogida durante la investigación⁴⁴⁰. Esto contribuye a fundamentar solicitudes concretas y articuladas ante

⁴³² La ilegalidad de la prueba se predica cuando esta no se ajusta a los requisitos formales establecidos por la ley. Ver: Artículos 360 de la Ley 906 de 2004.

⁴³³ Artículos 23 y 276 de la Ley 906 de 2004.

⁴³⁴ Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicado N° 25920. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

⁴³⁵ La ilicitud de la prueba se refiere a la vulneración de las garantías fundamentales de las personas involucradas en su recolección Ver: Artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

⁴³⁶ Artículos 359 de la Ley 906 de 2004.

⁴³⁷ Artículo 14 de la Ley 906 de 2004.

⁴³⁸ Artículo 13, numeral 5 de la Ley 1719 de 2014.

⁴³⁹ Artículo 18, numeral 3 de la Ley 1719 de 2014.

⁴⁴⁰ Según lo establece el Artículo 371 de la Ley 906 de 2004, la presentación de la teoría del caso es obligatoria para la Fiscalía y es optativa para la defensa.

el juez de conocimiento aun cuando existan pocos testigos o no se disponga del relato de la víctima.

269. *Elementos.* En la elaboración de la teoría del caso el (la) fiscal con el apoyo de su equipo debe incluir el desarrollo de tres componentes: i) situación fáctica; ii) tesis jurídica y iii) sustento probatorio⁴⁴¹. Como se observa, estos elementos también se incluyen en el programa metodológico, lo que indica que, aunque la teoría del caso está en permanente construcción, su redacción final debe consolidarse para el juicio.
270. *Situación fáctica.* La teoría del caso incluye un relato concreto y exhaustivo de los hechos jurídicamente relevantes. Estos deben corresponder con los presentados en la audiencia de formulación de imputación, aunque su valoración jurídica puede variar. Los hechos enunciados en la teoría del caso deben indicar la responsabilidad del acusado y sustentar los cargos formulados así como la calidad de autor o partícipe. Además, la situación fáctica debe incluir: Afirmaciones sobre la calidad de la víctima y sobre elementos de modo, tiempo y lugar de los delitos que demuestren la configuración de agravantes o circunstancias de mayor punibilidad.
271. *Tesis jurídica.* La delimitación de la tesis jurídica contribuye a la identificación de las proposiciones que la FGN debe probar a través de la presentación de EF, EMP e información legalmente obtenida que se desprenden de cada cargo formulado.
272. *Elementos jurídicos.* Una vez se cuente con la tesis jurídica para demostrar en juicio es recomendable identificar los elementos del tipo penal⁴⁴² relevantes así como el modelo de imputación utilizado para demostrar el tipo de participación del acusado.
273. *Sustento probatorio.* Para continuar con la elaboración de la teoría del caso se deben construir proposiciones fácticas o afirmaciones de hecho que satisfagan dichos elementos jurídicos y a través de las cuales se puedan relacionar los distintos medios probatorios encaminados a demostrar la tesis planteada. Para esto el (la) fiscal puede relacionar los hechos demostrables contenidos en cada elemento jurídico indicado.
274. *Clasificar los medios de prueba e identificar sus fuentes.* Con base en el inventario y análisis de los medios probatorios, en la teoría del caso se relacionan los EMP, EF e ILO que se pretendan introducir en el debate probatorio. Así, el (la) fiscal puede identificar la evidencia que desea hacer valer en juicio, clasificarla por categoría⁴⁴³ y relacionarla con los elementos de los tipos penales y los modos de atribución de responsabilidad seleccionados. Además de clasificar los medios probatorios que sustentan la situación fáctica y la tesis jurídica de la teoría del caso, es importante identificar, una a una, las fuentes concretas que se utilizarán en juicio.
275. *Acreditación de cada medio de prueba.* En juicio, el (la) fiscal debe solicitar y acreditar cada medio de prueba. De allí que en la preparación de su teoría del caso el (la) fiscal

⁴⁴¹ Para la construcción de este apartado se retomaron las recomendaciones planteadas en: Corporación Humanas. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (2009). *Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado*. Bogotá: Antropos. págs. 117-120.

⁴⁴² Ver la sección "D. Acreditación de los elementos estructurales de los delitos de violencia sexual" del Capítulo 4 de este protocolo, párrs. 232 y ss.

⁴⁴³ De acuerdo a lo planteado en la sección "Análisis de los medios probatorios" de este Capítulo, párrs. 22 y ss.

debe contemplar las razones de pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad y autenticidad con relación a la(s) proposición(es) fáctica(s) que se pretende(n) demostrar. La acreditación de cada medio de prueba puede facilitarse tomando en cuenta los siguientes preguntas, entre otras:

Tipo de medio probatorio	Criterios de análisis y acreditación
<i>Medios de prueba testimoniales (testigo – víctima)⁴⁴⁴</i>	a. ¿Cuál es el objeto de la declaración de la víctima en el juicio? ¿Existen otros medios de prueba que permitan prescindir del testimonio de la víctima en el juicio para sustentar su teoría del caso? b. ¿Qué información proveniente de la víctima puede resultar determinante para el proceso? c. ¿Existe el riesgo de ocasionar un alto impacto emocional⁴⁴⁵ o de comprometer su seguridad, la de su familia o de su comunidad mediante la solicitud de su testimonio como medio de prueba en juicio? d. ¿Específicamente en relación a cuáles proposiciones fácticas puede ser pertinente el testimonio de la víctima como medio de prueba?
<i>Medios de pruebas testimoniales (otros testigos)</i>	a. ¿El testigo estaría dispuesto a rendir su testimonio en juicio? b. ¿Por qué su testimonio es un medio de prueba pertinente en este caso? ¿Específicamente en relación a cuáles proposiciones fácticas puede ser pertinente el testimonio del testigo? c. ¿En qué medida el testigo corrobora el testimonio de la víctima?
<i>Medios de prueba física</i>	a. ¿Estas pruebas fueron obtenidas siguiendo los procedimientos y las condiciones de legalidad? b. ¿Cuenta la institución que realiza los exámenes médico-forenses con registro legal? c. ¿Coinciden el código del médico tratante o médico forense con el código de tarjeta profesional del profesional que firmó el informe? d. ¿Tiene la copia del consentimiento informado en caso de requerirlo? e. ¿Cuenta con los registro de cadena de custodia de los EMP y EF? f. ¿Con qué herramientas cuenta para subsanar los errores que se presentaron en la cadena de custodia de los EMP y la EF que presentará en juicio?

⁴⁴⁴ El relato de la víctima es válido como un indicio de la ocurrencia del delito, aun en ausencia de una denuncia inmediata o cuando no se ha realizado desde las primeras entrevistas e incluso cuando carece de precisión y detalles sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que puede ser un resultado normal de la experiencia vivida. Al respecto ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C-215, párr. 104. Aun así debe valorarse la pertinencia y conveniencia de su utilización como medio de prueba en la sustentación de la teoría del caso en juicio.

⁴⁴⁵ Para determinar el impacto emocional puede apoyarse en una valoración especializada de un psicólogo que fundamente desde su experticia, la conveniencia o no de presentar la entrevista o declaración de la víctima en juicio.

	g. ¿Pueden ser sustentados por otros medios los EMP y la EF para disminuir los efectos negativos, si la defensa quisiera aprovechar procesalmente el defecto en la cadena de custodia?
<i>Medios de prueba pericial</i>	a. ¿Tiene los antecedentes (académicos, laborales, etc.) que avalan el conocimiento teórico, práctico, científico y/o técnico del perito o experto? b. ¿Tiene a su disposición los antecedentes que avalan la experiencia del perito o experto como testigo en casos de violencia sexual?
<i>Medios de prueba documental</i>	a. ¿La prueba documental fue conseguida respetando los principios y requisitos de legalidad, autenticidad y cadena de custodia? b. ¿Puede alguno de los testigos acreditar la autenticidad del documento? c. ¿Se trata de documentos públicos, publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas? d. ¿Se puede corroborar la autenticidad del documento? ¿Cómo?
<i>Medios de prueba de referencia</i>	a. ¿La declaración fue tomada respetando los requisitos y las condiciones de legalidad? b. ¿El profesional que tomó la declaración estaba acreditado para hacerlo? c. ¿Cuenta con los soportes que permiten demostrar una situación que habilita la introducción de una prueba de referencia?

276. *Integración de todos los elementos de la teoría del caso.* Para ello el (la) fiscal con su equipo de trabajo debe articular cada una de las proposiciones fácticas con cada medio de prueba, la forma de su acreditación y el aporte probatorio de acuerdo a la tesis jurídica que se exponga en juicio. Contar con esta claridad posibilita, entre otras cosas, preparar las preguntas para las víctimas y testigos en los interrogatorios a fin de esclarecer las proposiciones fácticas y no ahondar en temas irrelevantes a la demostración de la teoría del caso planteada.

277. *Presentación de la teoría del caso.* Todos los elementos integrados de la teoría del caso deben ser sintetizados por el (la) fiscal en un relato creíble, lógico y probable. Dicho relato se presenta en la audiencia de juicio oral como alegato de apertura, antes del debate probatorio.

Reunión con la víctima antes del juicio

278. *Utilidad y consideraciones.* Antes de las audiencias de juicio es importante reunirse con la víctima y su apoderado a fin de preparar conjuntamente su forma de participación. Esta preparación permite empoderar a la víctima, reducir el impacto negativo que la participación en las audiencias puede tener sobre aquella⁴⁴⁶ y coordinar una estrategia común.

⁴⁴⁶ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) han reconocido la importancia de que la Fiscalía se reúna con las víctimas y testigos antes del juicio para prepararlos para su

279. *Logística.* Al invitar a la víctima a esta reunión es propicio explicarle su propósito y la forma en que transcurrirá, así como la posibilidad de que asista con algún familiar o allegado que la respalde e idealmente con su abogado. Además es recomendable evaluar si está dentro de las posibilidades de la víctima trasladarse para asistir a esta reunión y en caso contrario tratar de concertar alternativas como un cambio de locación o el que el (la) fiscal acuda al lugar donde ésta se encuentra. Desde el momento de concertar la reunión y durante su transcurso, es importante fomentar un clima de confianza con la víctima.
280. *Garantía de representación legal.* Durante la reunión es importante verificar que la víctima conoce de su derecho a tener un representante legal para el proceso penal y, en caso de que aún no lo tenga, brindarle la información correspondiente para solicitar una/un abogada/o en la Defensoría Pública⁴⁴⁷.
281. *Contenido de la reunión.* Durante la reunión es fundamental recordarle a la víctima la relevancia que tiene su participación en el juicio oral, así como explicar las condiciones en las que se realizan las audiencias. Además, es importante explicar a la víctima las formas en que puede participar en el proceso penal, y sus derechos para hacer solicitudes probatorias, por conducto de su representante legal; para descubrir los EMP que tenga en su poder en la audiencia de formulación de acusación, por intermedio de la FGN, y para la contradicción durante la práctica de pruebas. Finalmente, es importante preguntarle a la víctima cómo valora su participación en la etapa de juicio, atendiendo a sus inquietudes y expectativas e informándola acerca de las características e implicaciones de cada etapa del mismo. En caso de que la víctima decida asistir, el (la) fiscal debe informar a la víctima el tiempo estimado que se le requerirá durante la etapa de juicio, así como las fechas y lugares donde se realizarán las audiencias del juicio. En caso de que la víctima decida no asistir, y si no cuenta con representación legal, es preciso concertar un mecanismo a través del cual brindarle la información sobre lo ocurrido y lo que sigue en el proceso.
282. *Atender necesidades durante el juicio.* Las víctimas tienen necesidades distintas y pueden requerir distintos niveles de apoyo, por lo que en el marco de la reunión previa es preciso evaluar conjuntamente sus condiciones de salud física y psicosocial, sus condiciones de seguridad y su capacidad emocional para participar en las audiencias. Esto permite prever e informar a la víctima que sus necesidades y preferencias serán tomadas en consideración para la preparación de las audiencias.
283. *Acompañamiento de terceros cercanos a la víctima.* Es recomendable que el (la) fiscal procure, en el marco de la preparación del juicio, conocer a las personas que han venido

testimonio. Esta práctica ha sido particularmente importante en casos de violencia sexual. Para más detalle, puede consultar: Gopalan, Kravetz y Menon (2016). "Proving Crimes of Sexual Violence", en: Brammertz & Jarvis (eds.). *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*. Londres, Reino Unido: Oxford University Press. Ver también: Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2014). *Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-Conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda*, págs. 49-58. Más recientemente, la Corte Penal Internacional ha autorizado que la Fiscalía se reúna con sus testigos con antelación a su testimonio. Ver: CPI, *Fiscal c. Ruto y Sang*, Decisión sobre Preparación de Testigos, Caso ICC-01/09-01/11-524, 2 de enero de 2013, párr. 50. Traducción propia.

⁴⁴⁷ Ver sección "Componente de la atención integral a víctimas # 2.2: Apoyo y representación legal", del Capítulo 2 de este protocolo, párrs. 128 y ss.

apoyando a las víctimas en su proceso de recuperación —algún familiar, terapeuta o profesional médico, u otra persona de su entorno—, y promueva su acompañamiento a la víctima durante el proceso judicial, si las condiciones de seguridad lo permiten y si la víctima lo desea, de modo que sienta que no está sola y que cuenta con el respaldo social necesario en los diferentes escenarios que pueden presentarse antes, durante y después del juicio, facilitando su participación.

284. *Preparación de la víctima.* En caso de que la víctima decida participar en las audiencias, el (la) fiscal debe brindarle herramientas a la víctima que le permitan estar preparada para dar su testimonio. Para esto debe:
- a. Brindar instrucciones a la víctima para el mejor aprovechamiento de sus intervenciones como: hablar claro, con buen volumen, mantener la calma, no responder bajo presión del abogado defensor durante el contrainterrogatorio, no aceptar ni permitir humillaciones o tratos indignos.
 - b. Evitar la frustración de la víctima, explicándole que no podrá contar su historia libremente y que en cambio su testimonio procederá con base a preguntas de las partes y, excepcionalmente, del Ministerio Público y del Juez. El saber qué esperar de la audiencia de juicio oral ayuda a aliviar el estrés y la ansiedad de testificar y asegura la presentación coherente del testimonio.
 - c. Preparar a la víctima para responder a posibles preguntas de la defensa, del Ministerio Público o del Juez.
 - d. Advertir a la víctima acerca de la posible exposición en el juicio de información que puede resultar traumática (como grabaciones, fotografías, resultados de exámenes médicos, relatos, etc.). Explicarle por qué el juzgado necesita ver y escuchar tal detalle.
 - e. Informar a la víctima que puede hacer un alegato final al concluir el juicio, mediante su representante legal, coadyuvando la teoría del caso y la solicitud de condena presentada por la FGN.
285. *Información sobre el derecho a la reparación.* Durante la reunión previa al juicio el (la) fiscal debe informar a la víctima sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los daños y perjuicios causados por los hechos de violencia sexual, incluyendo el derecho a solicitar una reparación integral y los requisitos para acceder a dicha reparación de acuerdo con los Artículos 25 a 28 de la Ley 1719 de 2014.
286. *Información sobre reserva de la estrategia de juicio.* Es fundamental informar a la víctima, a sus familiares y allegados, testigos y peritos acerca de las posibles consecuencias de discutir el caso con terceros antes del juicio y la necesidad de ciertas reservas.
287. *Información sobre los posibles desenlaces del proceso de juicio.* Es importante explicarle a la víctima los posibles desenlaces a los que puede llegar el proceso (preclusión, sentencia absolutoria o sentencia condenatoria), indicándole sus opciones de protección o atención en cada escenario, así como los recursos que puede interponer contra la sentencia. Entre otras cosas, debe informarse a la víctima sobre la posibilidad

de aceptación de cargos de la persona imputada o acusada y las consecuencias jurídicas de esto.

Preparación del juicio

288. *Utilidad y consideraciones.* Una vez elaborada la teoría del caso y a partir de los conversados con la víctima y/o con su representante legal es muy importante que antes de las audiencias el (la) fiscal anticipe los distintos recursos estratégicos (técnicos y humanos) que le ayudarán a sustentar su acusación durante el proceso de judicialización.
289. *Estrategia concertada.* Con antelación a la audiencia de formulación de acusación es importante preparar la estrategia de juicio, anticipando argumentos de la defensa y valiéndose de los medios disponibles para sustentar la teoría del caso en juicio.
290. *Participación de testigos y peritos.* Si en la estrategia se plantea la comparecencia de testigos y peritos es recomendable establecer el orden en el que se practicarán los testimonios, el interrogatorio de los peritos y los testigos de acreditación, de acuerdo a la cronología del relato y la teoría del caso. Además es preciso contactar y preparar a los testigos y peritos de los cuales se requiere testimonio en juicio, haciéndolos comprender su aporte a la estrategia planteada. Finalmente, es recomendable confirmar la comparecencia de los testigos y los peritos, más allá del envío de la citación.
291. *Interrogatorios y contrainterrogatorios estratégicos.* Es recomendable que el (la) fiscal diseñe y desarrolle líneas de interrogatorio y contrainterrogatorio de forma estratégica de modo que puedan manifestar elementos que contribuyan a sustentar su teoría del caso, a desmontar aquellos que la contradicen o atentan contra los derechos de las víctimas o a brindar mayor claridad al juez sobre lo planteado. Por ejemplo, puede plantear estratégicamente el contrainterrogatorio a testigos de la defensa cuando se presenten testimonios que puedan contener elementos discriminatorios, sean poco creíbles o en cambio, puedan favorecer la propia teoría del caso. Así mismo, puede ser conveniente que diseñe y desarrolle estratégicamente el interrogatorio de los peritos consultando sobre: i) la terminología empleada y la información complementaria e interpretativa del informe pericial; y ii) opiniones de expertos en pericias psiquiátricas o psicológicas que permitan comprender y contextualizar posibles conductas de las víctimas desmontando algunos mitos en torno a la violencia sexual, entre otras cosas.
292. *Información complementaria a la comprensión de los hechos.* Es importante que los fiscales valoren la posibilidad de interrogar a la víctima y otros testigos sobre otros hechos relevantes al proceso además de los hechos de violencia sexual. En casos relativos a la violencia sexual en el marco del conflicto, algunas víctimas pueden otorgar pruebas importantes relativas al contexto, referentes al conflicto en su zona, a los grupos armados participantes, a la identidad de los comandantes, otros hechos victimizantes perpetrados por el grupo armado, etc. También en hechos por fuera del conflicto, por ejemplo, en escenarios laborales, la víctima o sus compañeros de trabajo pueden dar cuenta de dinámicas del contexto en las que se enmarcaron los hechos o que directamente los facilitaron y/o de antecedentes en la conducta del presunto agresor. Mediante su intervención, la víctima puede brindar al juez los elementos para

comprender no solo el crimen sino el contexto en el cual ocurrió y los efectos y consecuencias que tuvo para ella.

Durante el juicio:

Durante todas las audiencias de la etapa de juicio

293. *Garantía de reserva y respeto.* El (la) fiscal debe mantener en reserva la identidad de la víctima durante todas las audiencias⁴⁴⁸. Así mismo debe insistir en que durante las audiencias se haga un manejo cuidadoso y respetuoso del lenguaje por parte de la defensa, los testigos y los jueces para referirse a la víctima y a los hechos de violencia sexual. Así mismo, debe promover el respeto a la diversidad étnica, cultural y lingüística de la víctima y evitar cualquier práctica o actitud discriminatoria.
294. *Agilidad en el proceso.* Es recomendable evitar las solicitudes de suspensión del juicio o dilaciones injustificadas. Fraccionar y postergar el juicio afecta la comprensión del juez sobre los hechos. Además, en tanto mayor sea la duración de esta etapa, mayor es el tiempo que la víctima está expuesta a riesgos y presiones.
295. *Comunicación permanente.* Además de la reunión de preparación con la víctima, durante toda esta etapa del proceso el (la) fiscal y su equipo de trabajo deben mantener comunicación permanente con la víctima, su grupo familiar, su representante legal y defensor(a) de familia (en caso de NNA), a fin de cualificar las solicitudes probatorias y el tratamiento diferenciado durante el juzgamiento. Así mismo el (la) fiscal debe entregar a la víctima y a su representante copia del escrito de acusación, las decisiones, audiencias o documentos en que consten las decisiones o actuaciones que afecten sus intereses o que le permitan ejercer su derecho a la participación en el proceso, además de sustentar recursos frente a las mismas. El (la) fiscal debe atender a la intervención que la víctima realice mediante su representante legal y considerar acoger sus observaciones en términos de aclaraciones, correcciones y adiciones, y su argumentación sobre causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

Durante la audiencia preparatoria

296. *Incorporación del enfoque diferencial.* El (la) fiscal puede solicitar adecuaciones de acuerdo a características diferenciales y necesidades de la víctima, como las siguientes:
- a. Puede solicitar al juez que la audiencia se realice sin presencia de público y que los datos personales de la afectada se mantengan en reserva⁴⁴⁹. Para ello puede proponer el uso de un pseudónimo durante las audiencias que proteja su identidad. Así mismo debe procurar la disposición de un espacio donde la víctima pueda permanecer evitando el contacto con el presunto agresor.
 - b. En caso de tratarse de una víctima que no hable español, una vez programada la audiencia respectiva, el (la) fiscal debe verificar con suficiente antelación que el juzgado competente cuente con un(a) intérprete o traductor(a) idóneo(a) para el desarrollo de la audiencia. En caso de ser una víctima perteneciente a una

⁴⁴⁸ Artículo 149 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁴⁹ Artículo 149 de la Ley 906 de 2004.

comunidad étnica específica, este intérprete debe ser una persona reconocida por el respectivo pueblo o comunidad⁴⁵⁰.

- c. En caso de personas en condición de discapacidad, el (la) fiscal debe verificar con suficiente antelación que el juzgado cuente con las condiciones de accesibilidad necesarias y con personal especializado en la práctica de entrevistas, interrogatorios o contrainterrogatorios de acuerdo a los requerimientos de cada condición.
- d. En caso de adultos mayores puede ser preciso adecuar las condiciones del espacio para que puedan estar sentados y asistidos por un médico en caso de requerirlo.
- e. Procurar que las víctimas o testigos que, por su estado físico o de salud, se ven impedidos de asistir a las salas de audiencia, puedan presentar su testimonio vía web.
- f. Procurar la permanencia de un psicólogo en todas las audiencias, preferiblemente de quien ha acompañado el proceso personal de la víctima.

El debate probatorio durante la audiencia de juicio oral

- 297. *Argumentación de la teoría del caso.* En audiencia de juicio oral el (la) fiscal debe argumentar su teoría del caso a partir de las proposiciones fácticas sobre la atribución de responsabilidad y las tesis jurídicas relevantes. Además, puede valerse de información pertinente del contexto que sustente la teoría del caso.
- 298. *Reconocimiento del carácter violento de los delitos.* Durante el debate probatorio, es recomendable utilizar vocabulario que destaque la naturaleza violenta de los delitos sexuales en la formulación de preguntas o argumentos evitando describir los hechos de violencia sexual como actos “privados”, “íntimos” o “personales”.
- 299. *Principio de integridad, no discriminación y dignidad de la víctima.* Durante los interrogatorios y contrainterrogatorios el (la) fiscal debe garantizar el respeto a la integridad, no discriminación y dignidad de las víctimas. Así, debe evitar en su actuación y oponerse activamente a cualquier práctica o actitud de discriminación o estigmatización de la víctima por parte de otros intervinientes en el juicio, que conlleven a eventos de re-victimización o de imposición de barreras para la participación de la víctima, por ejemplo, evitando la realización de preguntas, comentarios o expresiones con prejuicios y estereotipos de género.
- 300. *Enfoque psico-social.* Además, el (la) fiscal debe conducir el interrogatorio⁴⁵¹ de la víctima de manera sensible a la condición emocional y psicológica de la víctima, entre otras cosas:
 - a. Promoviendo que se limite el número de interrogatorios a la víctima.
 - b. Permitiendo que la víctima tome el tiempo que considere necesario para el relato de los hechos.

⁴⁵⁰ Ídem.

⁴⁵¹ Ver otras estrategias útiles para el desarrollo de interrogatorios y contrainterrogatorios en: Villegas, Adriana (2008). *El Juicio Oral En El Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación. págs. 44-56. Recuperado el 8 de noviembre de 2015: <http://www.fiscalia.gov.co/cn/wp-content/uploads/2012/01/ElJuicioenElProcesoPenal.pdf>.

- c. Formulando preguntas con lenguaje claro y sencillo a fin de guiar a la víctima en su relato.
 - d. Brindando distintos referentes que la ayuden en la organización temporal de la narración de los hechos durante el interrogatorio.
301. *Interrogatorios o contrainterrogatorios a NNA.* Este tipo de interrogatorios deben ser realizados por intermedio de personal especializado (psicólogos(as), profesionales en desarrollo familiar, trabajadores(as) sociales o profesiones afines), cuyo sexo podrá ser escogido por el NNA. Además deben desarrollarse en Cámara de Gessell para garantizar un ambiente ajustado a las necesidades de las víctimas y evitar su exposición ante el agresor, o en su defecto, en un ambiente adecuado, por fuera del contacto visual con el agresor, que sea relajado, informal y acondicionado a la etapa de desarrollo del(de la) NNA. Así mismo, estos interrogatorios deben manejarse de manera conversacional, es decir, mediante un lenguaje sencillo y claro, adecuado a su nivel de desarrollo así como con espontaneidad y naturalidad, evitando preguntas o actitudes de coacción o intimidatorias que lleven a su re-victimización. Es importante tener en cuenta que debe asegurarse la presencia del (la) defensor(a) de familia quien podrá revisar el cuestionario para garantizar el respeto de los derechos de los NNA.
302. *Interrogatorios o contrainterrogatorios a personas en condición de discapacidad.* Para la realización de este tipo de interrogatorios, el (la) fiscal debe inicialmente asegurarse de contar con los ajustes razonables y de diseño universal que permitan la participación en igualdad de condiciones de estas personas. Así, debe considerar y prepararse para superar las barreras a las cuales se puede enfrentar en el juicio, que pueden ser de tipo arquitectónico para acceder al lugar del juicio, de comunicación en caso de requerir intérpretes en lengua de señas u otros o barreras actitudinales en caso de que se pretenda tachar su testimonio por considerarlas incapaces injustificadamente. En razón de todo ello, el(la) fiscal debe tener presente que imponer una carga desproporcionada o indebida a las personas con discapacidad al omitir la garantía de los ajustes razonables necesarios para su participación en los procesos penales en condiciones de igualdad constituye una medida discriminatoria y violatoria de los derechos humanos. De tal modo, el funcionario debe apoyar a la persona para que rinda su testimonio acorde a sus posibilidades y con el acompañamiento que ésta consienta.
303. *Interrogatorios o contrainterrogatorios a personas que se auto-identifiquen como lesbianas, gays, transgeneristas, transexuales o intersexuales.* Si bien en general la información personal de las víctimas de violencia sexual debe ser tratada con la máxima reserva, es importante tener presente que los datos sobre la orientación sexual y/o identidad de género de las víctimas revisten una especial protección, especialmente por cuanto personas cercanas a la víctima como familiares o amigos podrían desconocer la OSIG⁴⁵² de la víctima. Presuponer que por la OSIG o en concreto la expresión de género de la víctima, familiares, amigos y conocidos están informados acerca de este dato y por ello puede tratarse de manera abierta, puede ser contraproducente; ya que en muchos casos, aún personas LGBTI que pueden sentirse seguras para expresar a un funcionario dicha información, no consideren conveniente

⁴⁵² Sobre los conceptos agrupados en la OSIG ver: "Violencia sexual, identidad y expresión de género y orientación sexual" en el Capítulo 1 de este protocolo, párr. 29.

que esta información sea conocida por sus redes cercanas. De tal modo, el (la fiscal) al realizar este tipo de interrogatorios debe consultar previamente con la víctima si consiente la referencia a su identidad de género y orientación sexual. En caso negativo evitarlo y oponerse a la utilización de estas menciones por parte de la defensa.

Acciones en caso de la retractación de la víctima

304. *Indagación de posibles motivaciones.* Frente a la retractación por parte de la víctima en la etapa de juicio es importante que el (la) fiscal le pregunte directamente las razones de dicha retractación. Además, es oportuno establecer si la víctima se encuentra expuesta a presiones externas que la obliguen a declarar que mintió, se equivocó o a cambiar de forma radical su relato, especialmente cuando:
- a. El agresor tiene un vínculo con la víctima de carácter familiar, personal o social;
 - b. El agresor ha realizado amenazas contra la víctima, su familia o comunidad;
 - c. El agresor ha ofrecido una compensación material o en dinero a la víctima a cambio de la retractación.
305. *Comparación de versiones dadas por la víctima.* El (la) fiscal debe valorar la nueva versión frente a las declaraciones rendidas anteriormente tanto en el contenido como en la actitud al momento de retractarse, y en conjunto con todos los EMP o pruebas ya practicadas, establecer la credibilidad de la retractación y cómo puede afectar el juicio⁴⁵³.
306. *Acciones en caso de determinarse la existencia de presiones externas para la retractación.* En estos casos el (la) fiscal debe adoptar medidas para:
- a. Brindar atención jurídica y psicológica a la víctima y sus familiares o personas que le brindan apoyo social, para superar las dificultades que motivaron la retractación;
 - b. Brindar protección oportuna y adecuada a la víctima, su familia y su comunidad, activando su acceso a los programas de protección estatales;
 - c. Suspender la investigación o el trámite de inicio de juicio hasta la superación de las condiciones de presión externas o la adopción de medidas adecuadas para disminuir su impacto en la víctima o testigo.

Después del juicio:

307. *Las implicaciones del fallo para las víctimas.* Tras conocer el sentido del fallo, las víctimas pueden manifestar afecciones y necesidades diferentes de acuerdo a sus condiciones psicosociales, a su relación previa con el imputado u otras razones relacionadas al contexto social o familiar al que deben reincorporarse.
308. *Acciones enfocadas en la víctima después del juicio.* El (la) fiscal y su equipo de trabajo deben adaptar su actuar a las necesidades de la víctima para que su participación en el

⁴⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicado No. 36108. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

proceso judicial resulte ser una experiencia reparadora. Con miras a esto el (la) fiscal debe:

- a. Organizar un momento de encuentro posterior con la víctima para ampliar la información sobre lo ocurrido en el juicio, hacer un cierre del proceso personal que se generó con ocasión del proceso judicial y para valorar las condiciones de riesgo posterior al juicio que ameriten la solicitud de medidas de protección.
- b. Informar a la víctima y a su representante legal sobre la sentencia dictada.
- c. Contemplar la necesidad de asistencia y seguimiento médico y psicológico para la víctima después de la audiencia de lectura de fallo.