El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia

Proceso: Penal – ACLARACIÓN

Radicación Nro. : 66001600036201205850-01

Procesado: BAC

Delito: Acceso carnal violento

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: ACCESO CARNAL VIOLENTO / SADOMASOQUISMO / LA RELACIÓN SEXUAL CON EL PROCESADO EXISTIÓ / EXISTEN DUDAS RESPETO A SI FUE CONSENSUADA -** Si bien es cierto que decidí acompañar la ponencia, porque en efecto soy de la opinión que el Procesado BAC, como consecuencia de la aplicación del principio del in dubio pro reo, eventualmente podía ser absuelto de los cargos por los que fue llamado a juicio, los cuales no fueron demostrados de manera absoluta e indubitable por parte de la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso, de igual manera quiero dejar en claro mi discrepancia con muchas de las razones de hecho como de derecho que fueron invocadas en la ponencia para poder avalar la sentencia confutada, y de esa manera imprimirle a la misma confirmación.

Las razones por la que decidí no acompañar los argumentos basilares expresados en el fallo de 2ª instancia, se deben a que discrepo de la posición asumida por el magistrado ponente, quien cimentó su postura con base en la hipótesis consistente en que en momento alguno, para la fecha de la ocurrencia de los hechos: el 26 de octubre del 2.012, a eso más o menos de la 11:30 horas, no pudo haber tenido ocurrencia una relación carnal entre el Procesado BAC y la Ofendida JAL, debido a que en el proceso existían pruebas que demostraban que para esas horas el acusado se encontraba en un lugar diferente ejerciendo su derecho al sufragio relacionado con unas actividades electorales del magisterio, a lo que se le debía aunar que no estaba acreditado que la agraviaba hubiere estado en el lugar en el que según su versión tuvieron ocurrencia los hechos: la institución educativa “El Dorado”.

**(…)**

A modo de conclusión, se puede decir que las pruebas habidas en el proceso conducen hacia dos caminos diferentes respecto de la forma como tuvo pudo tener ocurrencia la relación sexual que el Procesado sostuvo con la agraviada, y como quiera que a la hora de ahora ninguna de esas dos alternativas tiene la relevancia suficiente como para poder prevalecer la una sobre la otra, es claro que sobre ese tópico se ha generado un estado de incertidumbres, las cuales deben redundar en favor del Procesado BAC, acorde con los postulados del in dubio pro reo.

Finalmente, en lo que atañe con las razones por las cuales la ofendida JAL sindicó al Procesado BAC, de manera especulativa creemos que quizás ello se debió a celos o resentimientos, si tenemos en cuenta que en el proceso está demostrado que después que Ella salió del Colegio, luego de haber copulado con el ahora acriminado, aciagamente se encontró con la novia de BAC, LEIDY TATIANA FANG, con quien sostuvo tuvo una especie de rifirrafe, el cual, para bien o para mal pudo haber incidido para que decidiera denunciar al Procesado como la persona que la violó carnalmente.

Con base en lo anteriores argumentos, creo haber dejado sentadas las razones y motivos por las cuales me vi forzado en la necesidad de aclarar mi voto en el presente asunto, porque si bien es cierto que no comparto la ponencia, de igual forma soy de la opinión que la Fiscalía no hizo en debida forma su tarea, y en consecuencia el Procesado BAC debió ser absuelto por duda probatoria.

**ACLARACIÓN DE VOTO:**

Si bien es cierto que decidí acompañar la ponencia, porque en efecto soy de la opinión que el Procesado BAC, como consecuencia de la aplicación del principio del *in dubio pro reo,* eventualmente podía ser absuelto de los cargos por los que fue llamado a juicio, los cuales no fueron demostrados de manera absoluta e indubitable por parte de la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso, de igual manera quiero dejar en claro mi discrepancia con muchas de las razones de hecho como de derecho que fueron invocadas en la ponencia para poder avalar la sentencia confutada, y de esa manera imprimirle a la misma confirmación.

Las razones por la que decidí no acompañar los argumentos basilares expresados en el fallo de 2ª instancia, se deben a que discrepo de la posición asumida por el magistrado ponente, quien cimentó su postura con base en la hipótesis consistente en que en momento alguno, para la fecha de la ocurrencia de los hechos: el 26 de octubre del 2.012, a eso más o menos de la 11:30 horas, no pudo haber tenido ocurrencia una relación carnal entre el Procesado BAC y la Ofendida JAL, debido a que en el proceso existían pruebas que demostraban que para esas horas el acusado se encontraba en un lugar diferente ejerciendo su derecho al sufragio relacionado con unas actividades electorales del magisterio, a lo que se le debía aunar que no estaba acreditado que la agraviaba hubiere estado en el lugar en el que según su versión tuvieron ocurrencia los hechos: la institución educativa “El Dorado”.

Como se podrá colegir, en esencia la ponencia basó su posición en la poca o ninguna credibilidad que ameritaban los señalamientos efectuados por la víctima JAL en contra del Procesado BAC como la persona que la violentó carnalmente, lo cual no es compartido por el suscrito, quien es de la opinión consistente en que esa concepción es producto de una errónea apreciación de las pruebas habidas en el proceso, las cuales demostraban todo lo contrario, o sea que el Procesado BAC, para la fecha de los hechos, si sostuvo relaciones carnales intimas con la joven JAL al interior de un aula de la institución educativa “El Dorado”, por lo que no había razón alguna para poner en tela de juicio lo dicho en tal sentido por parte de la Ofendida.

Para demostrar los yerros de apreciación probatoria en los que incurrió la ponencia, en lo que tiene que ver con la ocurrencia de la relación carnal habida entre el Procesado BAC la víctima JAL, se torna necesario tener en cuenta lo siguiente:

1) La ponencia decidió darle una absoluta y total credibilidad a las atestaciones del Sr. JOSÉ MANUEL HOLGUÍN, quien para la época de los hechos se desempeñó como portero del colegio, y en su testimonio negó haber visto a la ofendida ingresar a las instalaciones de la escuela, e igualmente adujo que se dio cuenta cuando, a eso de las 9:30 horas, el profesor BAC salió, pero que no regresó.

Sobre el valor probatoria que ameritarían las declaraciones rendidas por JOSÉ MANUEL HOLGUÍN, el suscrito es de la opinión consistente en que el proceso existían suficientes fundamentos plausibles para dudar de la credibilidad de lo declarado en tales términos por el testigo de marras, quien seguramente faltó a la verdad para brindarle una *ayudita* por solidaridad de cuerpo al profesor BAC. A lo que se le debe sumar que al testigo no le convenía aceptar que ese día si le permitió el acceso al colegio a la joven JAL, ya que estaría admitiendo que incurrió en una falta al contrariar las ordenes emanadas de las directivas del instituto educativo, las cuales, como el mismo lo reconoció, habían prohibido el acceso al colegio, en ciertas horas, de estudiantes y exestudiantes féminas, para así evitar que Ellas tuvieran contacto con el profesorado[[1]](#footnote-1).

De igual forma, somos de la opinión que no existía razón alguna para dudar de la credibilidad que emanaba de las declaraciones absueltas por la victima JAL, sobre su presencia y estadía en el colegio, porque Ella dio una explicación razonable y plausible con las que justificaba las razones por las que estuvo en ese lugar, las cuales consistían en que había acordado reunirse con el ahora Procesado para dilucidar todo lo relacionado con el tema del aval de una beca que BAC le había ayudado a obtener; lo que, bien vale la pena tener en cuenta, ha sido admitido y reconocido por el Procesado.

Asimismo, no era posible ignorar que los dichos de JAL no se encontraban huérfanos en el proceso, porque existían pruebas que de una u otra forma los avalaban, entre las cuales se encontraban las declaraciones rendidas por los jóvenes YURIEL MORENO y JEISON MOSQUERA, quienes aseveraron que en efecto ese día estuvieron acompañando a la agraviada cuando Ella se dirigía hacia las instalaciones del colegio, pero que el portero o vigilante no los dejó entrar, y en consecuencia JAL fue la única quien ingresó a la escuela.

En suma, de haberse apreciado de manera correcta las antes enunciadas pruebas, necesariamente se tenía que llegar a la conclusión consistente en que frente a ese tópico se estaba en presencia de un testimonio, o sea el rendido por JOSÉ MANUEL HOLGUÍN, el cual tenía serios motivos para mentir y faltar a la verdad, y de otro, el absuelto por JAL, quien además de justificar por qué estuvo en la escuela, tenía en su haber otras pruebas que demostraban su ingreso en las instalaciones de la institución educativa “El Dorado”, a eso más o menos de las 11:30 horas.

2) En el fallo de 2ª instancia se maximizó el radio de acción que dimana de los testimonios rendidos por los Sres. DIEGO ALEXANDER AGUDELO y CARLOS ZAPATA, para de esa forma hacer parecer ver que el Procesado BAC no pudo estar en el interior de la escuela para las horas en las cuales la joven JAL asevera que tuvo ocurrencia el abuso sexual del cual resultó siendo víctima.

Para demostrar esta afirmación, necesariamente se debe tener en cuenta que en efecto el día en el que ocurrieron los hechos, las instalaciones de la institución educativa “El Dorado” prácticamente se encontraban desérticas y con escases de personal docente, debido a que los profesores sindicalizados estaban participando en una jornada electoral que se llevaba a cabo en otro colegio cercano, hacia el cual se dirigió esa mañana el Procesado BAC con la finalidad de ejercer su derecho al sufragio. Pero, pese a esa situación, somos de la opinión consistente en que por el simple y mero hecho de que el Procesado hubiera participado en unos comicios electorales que se celebraban en un colegio cercano, ello *per se* no descarta que una vez que sufragó no haya podido regresar al colegio “El Dorado” para fornicar con la agraviada, como erróneamente lo quiere hacer ver la ponencia con base en el testimonio rendido por DIEGO ALEXANDER AGUDELO, porque si nos atenemos a lo dicho por el testigo de marras, vemos que en efecto él adujo que vio al Procesado en el sitio de las votaciones aproximadamente entre las 09:45 horas hasta las 11:40 horas más o menos. Y si a ello le aunamos, como ha sido admitido por las partes, que la distancia habida entre ambos colegios, o sea entre el que se celebraban los comicios y aquel en donde ocurrieron los hechos, en un vehículo motorizado no era la superior a la de cinco o seis minutos, tal situación hace colegir que sea factible la presencia del Procesado en el teatro de los acontecimientos en el horario que de manera aproximada fue suministrado por la víctima en su relato.

De otra parte, en lo que atañe con el testimonio rendido por CARLOS ZAPATA, creemos que sus dichos debieron haber sido apreciados como una especie de testigo un tanto neutro, si se tiene en cuenta que dicho testigo básicamente expuso que ese día se quedó en las instalaciones del colegio ocupado con el himno de la escuela y que estuvo atendiendo a unos técnicos que venían de parte de una empresa de alarmas, sin que se percatará de ninguna anormalidad.

A modo de corolario, creemos que se puede colegir que con los testimonios absueltos por los Sres. DIEGO ALEXANDER AGUDELO y CARLOS ZAPATA, en momento alguno se puede dar por demostrado que el Procesado BAC no estuvo en las instalaciones de la institución educativa “El Dorado” en las horas en las que tuvieron ocurrencia los hechos lujuriosos de los que fue víctima la joven JAL.

3) En el proceso es un hecho cierto e indubitable el consistente en que el Procesado BAC y la agraviada JAL sostuvieron una relación sentimental por un lapso de unos ocho meses, la que había finalizado hacia unos tres meses, y que ambos habían para ese entonces tenían unas nuevas parejas o consortes, pero que pese a dicha situación peculiar, ambos admitieron que algunas veces sostenían ayuntamientos carnales, los cuales, según el decir de JAL, no eran motivados por sentimientos de amor sino por interés o por la necesidad[[2]](#footnote-2).

La acreditación de que el Procesado y la victima fornicaban aun después de haber finalizado la relación sentimental habida entre ellos, se erigía como hecho indicador para inferir que en efecto era posible o factible de que la agraviada, para la fecha en la que dice que ocurrieron los hechos, haya copulado con el acriminado en el interior de una de las aulas de la institución educativa “El Dorado”.

Es menester agregar que el anterior juicio de inferencia se robustece aún más con el testimonio del perito médico JORGE FEDERICO GARDNER, de cuyas atestaciones se colige que después de examinar los hallazgos encontrados en el cuerpo de la víctima, era posible establecer que la ofendida había sostenido de manera reciente una relación sexual al parecer no consentida.

De todo lo antes expuesto se desprende, contrario a lo dicho en la ponencia, que en el proceso si existían pruebas que de una u otra forma demostraban que para la época en la cual ocurrieron los hechos, el Procesado BAC si sostuvo un ayuntamiento carnal intimo con la joven JAL, el cual tuvo ocurrencia al interior de en una de las aulas de la institución educativa “El Dorado”.

Esclarecido que en el proceso si estaba demostrada la ocurrencia de la relación carnal habida entre el Procesado y la Agraviada, el punto que correspondería por determinar es si dichos fornicios se dieron de manera consensuada o de mutuo acuerdo, o si por el contrario los mismos se llevaron a cabo mediante el empleo de la violencia o en contra de la voluntad de la ofendida.

Para obtener una respuesta a ese interrogante, al acudir a las pruebas habidas en el proceso, se tiene que dicho acervo probatorio nos ofrece dos respuestas completamente divergentes:

1) La relación carnal se llevó a cabo mediante el empleo de la violencia física, con la que se venció la resistencia de la víctima.

Entre las pruebas que demuestran esta hipótesis se encuentra el testimonio de la joven JAL, quien narró como BAC se valió de actos de violencia física, entre los cuales: la sujetó por el cuello para asfixiarla, la zarandeó y le propinó unas dentelladas en uno de sus brazos, etc… para así poder someterla y de esa forma accederla carnalmente con su asta viril por la vagina.

Asimismo, no se puede desconocer que en el proceso existen pruebas que demuestran que en efecto la Agraviada fue víctima de una agresión física, como bien se desprende de lo testificado por el perito JORGE FEDERICO GARDNER, quien encontró unos hallazgos significativos al practicarle a la ofendida un análisis físico y sexológico, y de las atestaciones absueltas por JEISON MOSQUERA y GLORIA ESPERANZA CARVAJAL, los cuales aseguraron que le vieron algunas equimosis en el cuerpo de la perjudicada.

Pese a lo anterior, no se puede desconocer que en contra de la credibilidad de lo declarado por la Ofendida en tales términos surgen unos nubarrones, ya que si analizamos más a fondo sus atestaciones, se tiene que Ella sostuvo en el sitio en donde ocurrieron los hechos un arduo e intenso enfrentamiento con su agresor, y en dicha contienda Ella llegó hasta usar el teclado de una computadora con el cual golpeó a su atacante, a quien luego le propinó un mordisco en el asta viril cuando dicho energúmeno pretendió practicarle a una felación.

Por lo tanto, sí lo anterior es cierto, entonces ¿porque razón ninguna de las personas que para ese momento se encontraban en las instalaciones del colegio, y que atestaron en el proceso, no se dieron cuenta de lo acontecido? Vg. el profesor CARLOS ZAPATA, quien declaró que no se percató de ninguna anormalidad, si lo que era de esperarse es que una confrontación de tales connotaciones y características genere algún tipo de ruido o de escándalo que altere la normalidad propia de la rutina, pues recordemos se estaba protagonizando un arduo enfrentamiento entre un atarbán, dispuesto a todo con tal de satisfacer su libido, y una muchacha que no quería que la ultrajaran sexualmente, por lo que, se reitera, era lógico de esperarse que esa clase de disputas no se den de manera silenciosa o silente, como al parecer nos lo ha pretendido dar a entender la víctima.

Otro factor que posiblemente conspiraría en contra de la credibilidad de lo declarado por la agraviada sobre el acontecimiento lujurioso, es sobre de la forma como el perpetrador utilizó un preservativo, el cual, según decir de la víctima, el atacante se lo puso en el asta viril en el preciso momento en el que forcejeaba con ella al sujetarla por el cuello, oportunidad que aprovechó el sátiro para colocarse el condón. Pero, al mirar los eventos en su justa perspectiva, creemos que se tornaba un tanto inverosímil que los hechos relacionados con la forma como el perpetrador se puso el preservativo hayan podido ocurrir de la forma como los narra la víctima, porque es poco probable que una persona durante el devenir del episodio de un intenso forcejo puede hacer uso de las maniobras a que la agraviada dice que acudió el Procesado BAC para ponerse un condón, en el preciso momento en el que utilizaba sus manos para someterla, salvo, claro está que el benemérito y licencioso profesor BAC sea algún tipo de octópodo y en consecuencia tenga unos brazos de más, lo cual, por desgracia, no está demostrado en el proceso.

2) La relación sexual se sostuvo de manera consensuada.

En favor de esta hipótesis, se encuentra lo que la víctima como el ofendido atestaron en sus sendas declaraciones, quienes, acorde con sus conveniencias, admitieron que los encuentros íntimos que ellos sostenían había ciertas connotaciones de sadomasoquismo, ya que según el Procesado, a la agraviada le gustaba que la sodomizaran, así como *el sexo duro, arduo y fuerte*; mientras que la Ofendida adujo que a quien le gustaba ese tipo de parafilias era al Procesado, siendo esa una de las razones por que incidieron para que Ella le pusiera punto final al noviazgo habido entre Ellos.

Por lo tanto, independiente de a quien se le debe de creer, aunque soy de la humilde opinión consistente en que a la persona a quien le gustaba *«el sexo duro, arduo y fuerte»* era al Procesado BAC, quien prácticamente con su conducta disoluta, inapropiada para un docente, había prostituido a la joven JAL, no existe duda alguna que en el proceso estaba demostrado que la Ofendida presentaba algunos signos de violencia en su humanidad, y si a ello le aunamos las inclinaciones hacia el sadomasoquismo que solían ocurrir cuando el Procesado copulaba con la víctima, en nuestra opinión todo ello se erige como una especie de hechos indicadores que permiten inferir que posiblemente las lesiones que JAL presentaba en su integridad física, pudieron haber sido producto de ese tipo de comportamientos parafilicos y no de actos de violencia utilizadas por el sátiro para vencer su resistencia.

Ahora bien, se podría decir que en contra del anterior indicio se antepondría lo atestado por el galeno JORGE FEDERICO GARDNER, quien aseveró que los mordiscos que la agraviada presentaba en sus extremidades no le podían generar placer sexual a ninguna persona, lo cual no puede ser de recibo, debido a que ese perito cuando examinó a la ofendida no hizo lo que los protocolos aconsejan: tomarle fotografías a los mordiscos y utilizar la plastilina para hacer los moldes de las mordidas, para así poder saber sus dimensiones y demás características y hasta averiguar quien fue la persona que dio los dentellazos, no puede pretender con especulaciones el querer dar por cierto algo que no se pudo demostrar como consecuencia de su incuria. Además, se debe tener en cuenta que en las personas que se dedican a las actividades sadomasoquistas, como consecuencia del continuo ejercicio de esas parafilias, el umbral para la tolerancia del dolor es mucho superior que el de las personas del común.

De igual forma, también se podría decir que de ser cierto que la relación sexual fue consensuada, porque razón el Procesado BAC no lo admitió cuando absolvió testimonio. Frente a lo cual se dirá que el Procesado no iba a ser lo suficientemente imbécil como exponerse a investigaciones disciplinarias o que su pseudo buen nombre quedase expuesto a la picota publica, al admitir que se valía de su condición de docente para sostener noviazgos con estudiantes, o que utilizaba las instalaciones del colegio como sitio para protagonizar encuentros sexuales con alto contenido de sadomasoquismo.

A modo de conclusión, se puede decir que las pruebas habidas en el proceso conducen hacia dos caminos diferentes respecto de la forma como tuvo pudo tener ocurrencia la relación sexual que el Procesado sostuvo con la agraviada, y como quiera que a la hora de ahora ninguna de esas dos alternativas tiene la relevancia suficiente como para poder prevalecer la una sobre la otra, es claro que sobre ese tópico se ha generado un estado de incertidumbres, las cuales deben redundar en favor del Procesado BAC, acorde con los postulados del *in dubio pro reo.*

Finalmente, en lo que atañe con las razones por las cuales la ofendida JAL sindicó al Procesado BAC, de manera especulativa creemos que quizás ello se debió a celos o resentimientos, si tenemos en cuenta que en el proceso está demostrado que después que Ella salió del Colegio, luego de haber copulado con el ahora acriminado, aciagamente se encontró con la novia de BAC, LEIDY TATIANA FANG, con quien sostuvo tuvo una especie de rifirrafe, el cual, para bien o para mal pudo haber incidido para que decidiera denunciar al Procesado como la persona que la violó carnalmente.

Con base en lo anteriores argumentos, creo haber dejado sentadas las razones y motivos por las cuales me vi forzado en la necesidad de aclarar mi voto en el presente asunto, porque si bien es cierto que no comparto la ponencia, de igual forma soy de la opinión que la Fiscalía no hizo en debida forma su tarea, y en consecuencia el Procesado BAC debió ser absuelto por duda probatoria.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

*Fecha Et Supra*

1. Al parecer la prohibición tenía como finalidad el evitar ciertos contactos que estaban por fuera de la esfera académica. [↑](#footnote-ref-1)
2. De lo atestado por JENNY ALEXANDRA LOAIZA se desprende que Ella sostenía relaciones carnales íntimas con BAC como retribución por las cosas que Él le proveía. [↑](#footnote-ref-2)