



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**legis**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**  
**Magistrado ponente**

**SP4931-2019**

**Radicación N° 54166**

Aprobado acta N° 302

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala procede de acuerdo a lo dispuesto en el auto inadmisorio de la demanda de casación, a examinar la legalidad de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que

condenó en segunda instancia a *FRANCISCO CUTA BARRERA* como autor del delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravados*.

## **HECHOS**

De la actuación se desprende que *Edith Martínez Rojas* denunció penalmente a *FRANCISCO CUTA BARRERA* al haber abusado sexualmente de su menor hija J.D.V.M. de 8 años de edad para la época de los hechos.

Señaló que en el mes de julio del año 2015, el citado ciudadano, con quien sostenía una relación sentimental y hacían vida en común en la calle 6<sup>a</sup> No. 14-24 del municipio de Funza (Cundinamarca), aprovechando que se encontraba a solas con J.D.V.M., le pidió que *«hicieran el amor»* y, ante la respuesta negativa que recibiera, procedió a bajarle los pantalones y la ropa interior, para seguidamente comenzar a tocarla y eyacular en sus piernas.

## **ANTECEDENTES PROCESALES**

**1.** En razón del precitado acontecer fáctico y capturado *FRANCISCO CUTA BARRERA*<sup>1</sup>, el 13 de agosto de 2016 se

---

<sup>1</sup> Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación el 4 de diciembre de 2015, el Juzgado Penal Municipal de Madrid (Cundinamarca), ordenó librar la correspondiente orden de captura contra FRANCISCO CUTA BARRERA, la cual se materializó el 12 de agosto de 2016. Fs. 120-121, C.O. 1.

realizó ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Subachoque (Cundinamarca), audiencia en la que a solicitud de un Delegado de la Fiscalía General de la Nación se legalizó la aprehensión del citado ciudadano, al igual que le formuló imputación como presunto autor responsable del delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravado*, conforme los artículos 209 y 211 numeral 5<sup>o</sup> del Código Penal, modificados por los cánones 5° y 7° de la Ley 1236 de 2008, cargos que no aceptó<sup>3</sup>.

En la misma diligencia el despacho afectó al imputado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

**2.** El escrito de acusación fue presentado el 13 de octubre de 2016 sin modificaciones en relación con la calificación jurídica de la conducta<sup>4</sup>. El asunto correspondió por reparto al Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Funza ante el cual se formuló la acusación en audiencia realizada el 18 de enero de 2017<sup>5</sup>. Por su parte, la audiencia preparatoria, se llevó a cabo el siguiente 8 de mayo<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

<sup>3</sup> C. 1, fs. 4-8.

<sup>4</sup> C. 1, fs. 30-35.

<sup>5</sup> C. 1, fl. 45.

<sup>6</sup> C. 1, fs. 60-64.

**3.** Celebrado el debate oral y público en sesiones de 5 de junio, 14 y 25 de julio, 30 de agosto, 19 de septiembre y 8 de noviembre de 2017<sup>7</sup>, en armonía con el sentido del fallo anunciado en la última, el 24 de enero de 2018, se dictó sentencia en la que se absolvió a *FRANCISCO CUTA BARRERA* de los cargos por los que fue acusado, ordenando su libertad inmediata<sup>8</sup>.

**4.** El 31 de agosto de 2018, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Representante de la Fiscalía General de la Nación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, revocó la precitada sentencia, para en su lugar, condenar a *FRANCISCO CUTA BARRERA* como autor penalmente responsable del delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravado*, imponiéndole una pena de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. De otra parte, le negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria<sup>9</sup>.

**5.** Por auto AP3209-2019, del 6 de agosto, la Sala inadmitió la demanda de casación que interpusiera la defensa de *CUTA BARRERA* contra la sentencia de segunda instancia, no obstante, se dispuso satisfacer la exigencia de la doble conformidad en cumplimiento de la sentencia C-792 de 2014.

---

<sup>7</sup> Ídem, fs. 84-86; 107108; 111-113; 136-137; 220-221 y 231, respectivamente.

<sup>8</sup> Fs. 235-252, ibídem.

<sup>9</sup> Cdo. Tribunal fs. 9-43.

## **CONSIDERACIONES**

**1.** En concordancia con la ley vigente contra la primera sentencia condenatoria procede su impugnación, sea cual fuere la instancia en que se profiera. Así lo entendió la Sala al inadmitir el recurso extraordinario de casación contra la condena impuesta por primera vez en segunda instancia, al acceder a la revisión de dicho pronunciamiento por vía de la garantía de la doble conformidad.

En ese orden, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C 794 de 2014 y SU 217 de 2019, la Sala examinará la legalidad de la sentencia emitida el 31 de agosto de 2018.

**2.** De conformidad con lo establecido en la legislación penal –sustantiva y procesal-, para que la conducta de cualquier ciudadano pueda ser objeto de reproche penal se requiere establecer, más allá de la duda razonable, la existencia de la materialidad del delito y su responsabilidad penal<sup>10</sup>, a partir de las pruebas allegadas y debatidas en el juicio y dentro del marco de la Constitución y la ley, aspecto que, no cabe duda, fueron aplicados en el fallo de segunda instancia.

---

<sup>10</sup> Artículo 381 Ley 906 de 2004.

**3.** La conducta por la que se condena a *FRANCISCO CUTA BARRERA*, está tipificada como actos sexuales con menor de 14 años, agravada, en los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal, modificado por los artículo 5° y 7° de la Ley 1236 de 2008, así.

**Artículo 209. Actos sexuales con menor de 14 años.** *El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*

**Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva.** *Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:*

1. [...]
2. *La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre*

En esta clase de episodios delictuales no es extraña la ausencia de testigos presenciales, salvo la propia víctima, toda vez que, por lo general, el agresor rodea su actuación de circunstancias propicias para la impunidad de ahí la relevancia de lo que exprese la persona afectada y su análisis en el contexto de la concreta situación.

**4.** Ahora, el valor probatorio de esta clase de testigos no puede verse afectada por criterios sesgados fundados en la edad, sexo o motivos semejantes sino, por el contrario, deben ser analizados a partir de las depuradas recomendaciones jurisprudenciales que, en nuestro medio, reconocen su especial situación.

*La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterativa en señalar que los menores de edad no deben desecharse como testigos por el solo hecho de su edad, sino que corresponde al Juez, dentro de la sana crítica, evaluar sus dichos conjuntamente con las demás pruebas a fin de otorgarles el alcance a que haya lugar. Ha insistido esta Corporación, igualmente, desde la sentencia del 26 de enero de 2006 (cas. 23706), que la declaración del menor víctima de abusos sexuales, por el impacto del acto en su memoria, es altamente confiable.*

*Aquí no se reniega de esos lineamientos sino se reafirman. Y se enfatiza que la Corte, de la misma forma que ha rechazado la tesis de considerar falsos los testimonios de los menores de edad por ser fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, en ningún momento ha expresado que deba creérseles en todos los casos, sólo por su condición de posibles víctimas de un abuso sexual. Como testigos que son, deben examinarse sus dichos de conformidad con los criterios de apreciación del testimonio previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2004, sin parcialidad ni prejuicio de ningún tipo y sin marginar de la evaluación los demás medios de convicción, de cuyo ejercicio finalmente surgirá el mérito que les corresponda.”<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> CSJ SP 23 Feb. 2011, Rad. 34.568.

5. Atendiendo estos lineamientos, la Sala comparte el criterio adoptado por el Tribunal, en cuanto no hay motivos para restar credibilidad al testimonio de la niña *J.C.V.M.*, pues aunque no se desconocerá que existen algunas imprecisiones en el dicho de la ofendida y que su testimonio fue parco, ello no significa, como lo pretendió la defensa, que los actos sexuales por los que fue denunciado y finalmente condenado *FRANCISCO CUTA BARRERA*, no ocurrieron o que la niña esté mintiendo y por tal razón su dicho resulta mentiroso e inconsistente.

Por el contrario, de las propias expresiones y lenguaje de la niña señaladas en el juicio oral surgió un relato claro, consistente y ajustado a la realidad que vivió, al punto que no solamente describió lo sucedido sino que también identificó al aquí acusado *FRANCISCO CUTA BARRERA*, como la persona que en el cuarto de su hermano menor, cuando se encontraban viendo televisión, le dijo que «hicieran el amor», a lo que le contestó que no, sin embargo, éste procedió a bajarles los pantalones y a «manosearle las piernas», para luego sentir algo blanco pegajoso en las mismas y que identificó como semen, pues así se lo habían explicado en el colegio donde estudiaba, motivo por el que procedió, una vez llegó su progenitora de trabajar, a contarle lo acaecido<sup>12</sup>.

Existiendo coherencia, verosimilitud y coincidencia con las versiones que suministró ante las psicólogas que la

---

<sup>12</sup> Record 52:20 CD sesión audiencia juicio del 5 de junio de 2017.

examinaron y valoraron. Es así que ante la profesional de la Comisaría de Familia de Madrid (Cundinamarca), a donde fue llevada para que denunciara los hechos delictivos que la victimizaban, la menor narró, con suma claridad, varios episodios constitutivos de abuso sexual que pudo percibir, de manera directa y personal, pues fue ella el sujeto pasivo de tales acciones. En efecto, señaló con precisión al autor de la conducta, su padrastro *FRANCISCO CUTA BARRERA* y describió como «*me dijo que hagamos el amor y le dije que no*», sin embargo, procedió a quitarle la ropa y a tocarle con sus manos su cuerpo, a manosearla<sup>13</sup>.

Por su parte, ante el médico que la valoró en el Hospital Santa Matilde de Madrid Cundinamarca, el 20 de agosto de 2015, señaló que su padrastro estuvo molestándola para penetrarla, que no se demoró mucho, sin embargo, la chorreó de semen<sup>14</sup>.

Luego, ante la profesional del CTI Dra. *Myriam Ruth Bernal Zapata*, en el mes de septiembre del año 2016, precisó que cuando vivían en el barrio Serrezuela del municipio de Madrid, su padrastro *FRANCISCO CUTA BARRERA*, cuando su mamá estaba trabajando, en una tarde cuando se encontraba acostada en la cama, éste procedió a manosearle sus piernas, a lo que ella se opuso, razón por la que cuando llegó su mamá le contó lo que había pasado<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte 3 CD sesión audiencia juicio del 14 de julio de 2017.

<sup>14</sup> Fl. 117-118 C.O. 1.

<sup>15</sup> Corte 1 Record 10:30 CD sesión audiencia juicio del 14 de julio de 2017.

Como puede observarse, no obstante la diferencia en los destinatarios de la información, en las circunstancias de tiempo, modo y de lugar, y, en general, en los entornos socio-jurídicos de la declaración; la menor *J.C.V.M.*, siempre brindó un relato incriminatorio coherente en sus aspectos centrales, esto es, en lo que respecta a las características de las conductas sexuales ejecutadas por el acusado, a las circunstancias en que éstas ocurrieron, a la forma en que enteró a su mamá, y a datos objetivos de la situación que permite tenerla como una vivencia y no como una fantasía.

En este contexto, no resultan vacías las conclusiones de la profesional en psicología Dra. *Nancy Fabiola Gaitán Trujillo*, que la víctima se mostró dispuesta y con actitud cooperativa, expresando en forma clara lo acontecido, pero con dificultad para abordar la situación vivida, esto es, *«algo que le paso, generalmente los niños cuando es algo imaginable, ellos no tiene claridad en que tiempo pudo pasar, que situación, pero ella fue muy clara en el tiempo que ocurrió, el modo que ocurrió y cuando se presentó la situación, entonces es creíble lo que la niña dice»*.

En este punto, para la Sala, el apoyo que prestan psicólogos, psiquiatras y en general aquellos profesionales que acuden al llamado de la justicia, no puede descartarse por el solo hecho que la ley únicamente faculta al Juez para realizar la valoración probatoria de cara a las exigencias para proferir condena, pues éstos desde el campo de la técnica que manejan pueden aportar mayores elementos de juicio al funcionario judicial. Las explicaciones que los

peritos ofrecen a partir de la realidad que estudian y el respaldo científico de sus conclusiones, pueden ser tomadas por el Juez para el análisis de las pruebas en su individualidad así como en su conjunto. Es por eso, precisamente, que el legislador habilita el ingreso de la prueba pericial como medio de auxilio para llegar a la verdad que interesa al proceso.

Aquí la experta, a partir de sus conocimientos y experiencias en materia de víctimas de delitos sexuales, explicó que no evidenció inconsistencias ni contradicciones en el dicho de *J.C.V.M.*, destacando que se había expresado de manera adecuada a su condición, lo que le permitía deducir que existió la vivencia narrada por ella.

Y aunque la defensa pretendió demeritar las afirmaciones de la menor ofendida, con el *concepto técnico psicológico* que la investigadora científica y psicóloga *Mayerly Estada Vásquez*<sup>16</sup> rindió, no debe perderse de vista la afirmación que hiciera la misma profesional asociada a que su dictamen tenía como objeto realizar una revisión de la forma en que se llevaron a cabo las entrevistas practicadas a *J.C.V.M.*, por las profesionales en psicología del CTI y de la Comisaría de Familia, para establecer si éstas cumplían las técnicas recomendadas por la literatura científica cuando se trata de abuso sexual infantil, sin que en ningún momento se le hubiese pedido valorar la credibilidad o no del testimonio de la niña.

---

<sup>16</sup> Record 6:40 CD sesión audiencia juicio del 19 de septiembre de 2017

Y si bien en el juicio la citada experta refirió que la mayoría de las preguntas que le realizaron a la ofendida fueron altamente sugestivas, incluso aludió a que el dicho de ésta era más semántico que episódico, esto es, que lo narrado por *J.C.V.M.*, parecía sugerido, finalmente hizo la siguiente aclaración: *«estoy hablando en términos de probabilidades, no estoy diciendo pues que el relato sea sugerido, parece semántico, es mucho más probable, no estoy afirmando que el relato sea sugerido»*.

No sobra precisar además, que si la defensa consideraba que las citadas declaraciones previas le restaban validez persuasiva al relato de la menor, debió aclararse tal situación a través del escenario procesal correspondiente, el conainterrogatorio, a fin de hacer vigente el derecho de contradicción dentro de las limitaciones propias en la recepción de la prueba tratándose de actuaciones judiciales seguidas por delitos sexuales en contra de menores de edad, en las que se restringe la posibilidad de confrontación plena ante el riesgo de revictimización que conllevaría un cara a cara con el procesado (CSJ SP 3332-2016).

Y aun cuando la anterior es la razón fundamental y suficiente para derruir la comentada crítica, no sobra señalar que en las entrevistas en cuestión la menor no dijo nada distinto de aquello que en el debate oral precisó acerca de las circunstancias medulares de cómo ocurrió el ataque violento a

su libertad e integridad sexual, tan es así que la mencionada profesional finalmente termina señalando que en ningún momento ha querido significar con sus conclusiones que el relato de la niña sea sugerido o que está haya mentido, simplemente que las profesionales que la entrevistaron realizaron una entrevista altamente sugestiva.

En ese orden, las críticas que se formulan a la declaración de la niña, realmente, parten de las erradas y descontextualizadas creencias de la defensa, quien acude a simples apreciaciones que dejan de lado la realidad que muestran las pruebas, esto es, el abuso de que fue objeto *J.C.V.M.*

Es que, el encasillamiento de la testigo en sus condiciones naturales para desvirtuar su percepción, memoria o expresión, no resultan acertados si no se observa el contexto de los hechos, las condiciones en que ésta los percibió, su capacidad de recordación, la forma en que se expresa, etc., de ahí que descartar de entrada y sin profundizar en las condiciones particulares de la afectada y la situación que vivió, no es de recibo bajo las reglas de la sana crítica.

Lo escabroso de las situaciones a las que fue forzada, la falta de experiencia y las actitudes del agresor, son aspectos que también deben considerarse al momento de analizar el testimonio de la víctima. No son solo las palabras es la fuente del análisis, sino es la forma que se

expresa, las actitudes que asume el testigo en el estrado y, en general, el contexto en que rinde la declaración y explica las razones de sus afirmaciones las que deben ser consideradas igualmente.

Desde luego que existen algunas imprecisiones en los relatos que realizó *J.C.V.M.*, lo que no significa que esté mintiendo, que las agresiones sexuales no ocurrieron o se trate de una fantasía de su parte, pues, se insiste, de sus expresiones y lenguaje se advierte un relato espontáneo y ajustado a la realidad que vivió, sin que se vislumbre ánimo vindicatorio o interés mezquino de alterar la verdad.

Nótese cómo sus declaraciones son tan concretas, contestes, coherentes que no pueden provenir de una posible preparación para inculpar de manera injustificada a una persona inocente, sino que de su vivencia real y directa representan la forma como el acusado satisfizo su libido sexual con ella.

No debe escapar al análisis además que algunos aspectos, principales o periféricos, de la declaración inicial de *J.C.V.M.* fueron corroborados con otros medios de conocimiento, especialmente con el testimonio de su madre, *Edith Martínez Rojas*<sup>17</sup>, quien en juicio manifestó que «... *la niña me manifestó que él la venía manoseando, la niña, yo llegué de trabajar, y la niña me dice que él le estaba tocando las partes íntimas y que la estaba manoseando, pero específicamente más no me dijo*»,

---

<sup>17</sup> Record 01:31:10 CD sesión audiencia juicio del 5 de junio de 2017.

situación que, por cierto, alcanzó a comentar la niña en juicio cuando además de señalar que su padrastro la manoseaba, refirió que tal circunstancia se le comentó a su madre una vez llegó de trabajar.

Con esta visión, el señalamiento de la ofendida resulta de significativa importancia en cuanto que *FRANCISCO CUTA BARRERA*, realizó actos de connotación sexual en su cuerpo, pues con elocuencia y persistencia así lo expuso, explicando incluso por qué tenía conocimiento de las palabras que utilizó para comentar lo que le había pasado.

Además, carece de rigor argumentativo que la defensa señale que la menor fue sugestionada por su hermano mayor, dados los problemas que existían entre éste y *FRANCISCO CUTA BARRERA*, cuando ni siquiera en el expediente concurre elemento probatorio que permita de alguna manera llegar a tal conclusión; todo lo contrario, su exposición evidencia credibilidad, una actitud sincera en querer contar lo que efectivamente ocurrió, pues si hubiese querido de alguna manera perjudicar los intereses de su padrastro, nada le costaba por ejemplo señalar que dicho abuso venía presentándose desde hace bastante tiempo, o que no solamente le tocó las piernas sino adicionalmente otras partes del cuerpo, pero nada de esto refirió, tan solo se limitó a expresar el momento vivido en aquel mes de julio del año 2015.

Por último, la declaración de la psicóloga *Sandra Yamile Rojas Vizcaino*<sup>18</sup>, encargada por la defensa de valorar al acusado y quien señalara que por su perfil era difícil que éste hubiese perpetrado los hechos denunciados, no descarta la materialidad de la conducta ni el compromiso penal de *FRANCISCO CUTA BARRERA*, toda vez que su conclusión es de “*probabilidad*”, y con mayor razón, cuando no valoró personalmente a la víctima.

**6.** Significa entonces, que analizadas individualmente y en su conjunto las pruebas traídas a colación en el juicio, es imperativo inferir que el hecho se cometió y que el autor del mismo no es otro que *FRANCISCO CUTA BARRERA*, sin que exista duda alguna al respecto, y mucho menos admitir que la declaración de la niña es producto de animadversión por parte de quienes lo señalaron directamente como la persona que cometió dichos actos libidinosos.

**7.** Finalmente, para la Sala, tampoco hay duda de la configuración de la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211 numeral 5° del Código Penal, dado que *CUTA BARRERA* pertenecía a la unidad doméstica de la menor, en tanto, hacía vida marital con la madre de *J.C.V.M.*, tal y como lo declaró *Edith Martínez Rojas*, quien incluso señaló que el atentado contra la integridad y formación sexual de su hija por parte de su compañero sentimental fue lo que provocó su separación.

---

<sup>18</sup> Corte 2 CD sesión audiencia juicio del 19 de septiembre de 2017.

**8.** En este análisis, se llega a la misma conclusión a la que arribó el Tribunal, que la prueba valorada en su conjunto traduce la configuración de la conducta punible descrita por el legislador en los artículos 209 y 211 numeral 5° del Código Penal, bajo el *nomen juris* de actos sexuales con menor de 14 años, agravados, de que da cuenta el haz probatorio, amén que, de la misma manera, éste brinda la convicción de la responsabilidad que recae en cabeza de *FRANCISCO CUTA BARRERA*, como el autor de la misma, surgiendo así lo antijurídico del comportamiento desplegado por el acusado que tanto formal como materialmente censura la justicia, dada la vulneración del bien jurídico de la libertad, Integridad y formación sexuales, que se vio truncada por la agresión de que hizo víctima su hijastra, permitiendo llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable de la autoría y responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero. CONFIRMAR** la sentencia de segunda instancia proferida el 31 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que condenó a

*FRANCISCO CUTA BARRERA* a la pena de prisión de 144 meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor del delito de *actos sexuales con menor de 14 años agravados*.

**Segundo.** Contra esa decisión no procede recurso alguno.

**Tercero.** Devuélvase al Tribunal de origen para los fines correspondientes.

**Notifíquese y cúmplase.**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

Presidente

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**JAIME HUMBERTO MORENO ACERO**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria