

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP2832 - 2021

Casación No. 56863

Acta No. 172

Bogotá, D. C., siete (07) de julio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Se pronuncia la Corte oficiosamente sobre la legalidad de la imposición de la pena accesoria de prohibición de residir o acudir al lugar de residencia de la víctima, con ocasión de la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de agosto del 2019, mediante la cual confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, que condenó a JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

HECHOS

En la sentencia de primera instancia fueron sintetizados de esta manera:

«El día 16 de enero de 2015, siendo las 4:30 de la tarde, cuando los padres de la menor se encontraban trabajando, JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME, abuelo paterno de la menor E.J.B.C., la llamó a su cuarto. La niña se dirigió a donde él creyendo que iba a darle

una razón de su padre. Cuando ella ingresó al cuarto él cerró la puerta y en el momento en que ella se acercó a la ventana, le tapó la boca y la acostó en la cama realizándole tocamientos de tipo libidinoso: le bajó la pantaloneta y la ropa interior y procedió a realizarle manoseos en la vagina. Luego se arrodilló frente a ella y con la lengua le practicó maniobras lascivas sobre la vagina. Después él se bajó el pantalón hasta las rodillas, se sacó el pene, se colocó un condón y mientras le preguntaba a la menor si lo sentía y le explicaba que eso era para que no quedara embarazada, procedió a frotar el pene sobre la parte íntima de su nieta».

Cuando el abuelo finalizó estos actos, la niña le dijo que le dolían las piernas, y entonces se levantó y se bañó porque se sentía 'muy cochina'. (...)».¹

1. El 19 de abril del 2015, el Juzgado 56 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá celebró audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En ese escenario, la Fiscalía 281 Local de la URI de Ciudad Bolívar le atribuyó a JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME la autoría del delito de actos sexuales con menor de catorce años (artículo 209 del Código Penal) agravado (artículo 211-5 ibidem). El imputado no aceptó el cargo y, a continuación, quedó sujeto a detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 19 de mayo del mismo año, la Fiscalía 17 Seccional de Bogotá radicó escrito de acusación, en iguales términos fácticos y jurídicos a los de la imputación.
3. El Juzgado Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá adelantó la etapa de juicio, en la forma que se indica a continuación. Formulación de acusación: 26 de junio de 2015. Audiencia preparatoria: 7 de octubre de 2015. Juicio oral: 4 de febrero, 16 de marzo, 15 de septiembre, 21 de octubre y 9 de noviembre de 2016. Lectura de fallo: 28 de noviembre de 2016.
4. El juzgador condenó a JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME como autor de actos

sexuales con menor de catorce años agravado. Le impuso la pena principal de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición de residir o acudir a la residencia de la víctima, ambas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad. Le negó la concesión de subrogados o beneficios legales, judiciales o administrativos, en virtud de la prohibición impuesta por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

5. La defensora pública del enjuiciado apeló el fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, lo confirmó mediante providencia del 22 de agosto de 2019.

6. El sentenciado designó apoderado de confianza para la interposición y sustentación del recurso extraordinario de casación. Mediante auto del 18 de noviembre del 2020, la Sala inadmitió la demanda de casación y dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresaran las diligencias a despacho para revisar la legalidad de la imposición de la pena accesoria de prohibición de residir o acudir al lugar de residencia de la víctima, impuesta en primera instancia y confirmada por el tribunal.

7. La defensa presentó solicitud de activación del mecanismo especial de insistencia ante el Ministerio Público. La Procuraduría Tercera delegada para la Casación Penal se abstuvo de acceder a la solicitud de insistencia.

CONSIDERACIONES

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bogotá impuso al condenado, además de otras penas, la accesoria consistente en la prohibición de residir o acudir a la residencia de la víctima, por un tiempo igual al de la pena principal. Esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en segunda instancia.

La sanción impuesta al procesado se encuentra descrita en el artículo 43.7 del Código

Penal, en los siguientes términos: «Son penas privativas de otros derechos: 7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos».

Su duración, la determina el artículo 51 ejusdem así: «Duración de las penas privativas de otros derechos (...) La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares de seis (6) meses a cinco (5) años».

Dos errores la Sala advierte en la aplicación de esta sanción. De una parte, la ausencia de motivación, y de otra, su imposición sin acudir al sistema de cuartos, que llevó a aplicar una pena muy superior a la que legalmente podía corresponder.

La pena accesoria de privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, impuesta al procesado JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME en las sentencias, es de carácter discrecional, luego era deber de los juzgadores exponer las razones por las cuales en el caso concreto procedía su aplicación.

La Sala tiene dicho que esa fundamentación, además de clara e inteligible, no pueden sustentarse en la íntima convicción del juez, ni en la intuición, ni en la sospecha, ni en lo evidente o palmario que resulten, sino en las pruebas legalmente practicadas, y en el significado jurídico de los hechos probados, para que la discrecionalidad judicial no se convierta en arbitrariedad y capricho (CSJ SP, 17 mar 2021, rad. 56794).

Dado que la imposición de toda pena accesoria conlleva la privación o limitación de un derecho, es necesario establecer en el proceso que el acusado abusó del mismo, o que su ejercicio facilitó la realización de la conducta punible, o que su restricción se torna aconsejable para prevenir conductas similares. Esto, para insistir que la discrecionalidad en su imposición, implica inescindiblemente su motivación.

En la sentencia de primera instancia, confirmada en su integridad por el Tribunal, en el numeral destinado a las penas accesorias, el juez simplemente afirmó: «Por concurrir con

la pena de prisión, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 52 del Código Penal, accesoriamente se le impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la prohibición de acudir al lugar de residencia de la víctima, por el mismo lapso de la sanción principal».

El fallo no explicó por qué debía imponerse la referida sanción accesoria. No se argumentó por qué tenía relación directa con la conducta punible, de qué manera facilitó la comisión del delito o por qué su imposición contribuiría a la prevención de conductas similares. Tampoco se expuso argumentación alguna para justificar su imposición por el mismo lapso de la sanción principal.

El Tribunal, por su parte, confirmó la condena sin ocuparse en concreto de ella, avalando con su decisión un error in procedendo por falta absoluta de motivación de la pena de prohibición del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, y un error in iudicando por inaplicación en su tasación del sistema de cuartos.

Como el primero de los referidos errores vicia la validez de la imposición de la pena, la Sala casará parcialmente la sentencia de segunda instancia para disponer su exclusión³.

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:

1. CASAR parcialmente, de oficio, la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá el 22 de agosto del 2019, para excluir como pena accesoria, la prohibición impuesta al procesado JOSÉ LAURENCIO BENAVIDES GUANUME de residir o acudir a la residencia de la víctima.
2. En todo lo demás, la sentencia de segunda instancia permanece incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gerson Chaverra Castro

Presidente

José Francisco Acuña Vizcaya

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Eugenio Fernández Carlier

Luis Antonio Hernández Barbosa

Fabio Ospitia Garzón

Eyder Patiño Cabrera

Hugo Quintero Bernate

Patricia Salazar Cuéllar

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La menor E.J.B.C. nació el 24/02/2003. Para el momento de los hechos tenía 11 años. Declaró en juicio oral el 04/02/2016, cuando tenía 12 años.

2 «En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59». Norma que a su vez dice: «Motivación del proceso de

individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena».

3 En este sentido Cfr. CSJ SP, 20 ene. 2021. Rad. 55675. CSJ SP, 6 nov. 2019. Rad. 54125. CSJ SP, 12 nov. 2014. Rad. 43582. CSJ SP, 17 mar. 2021. Rad. 56794; entre otras.