

**LIBERTAD CONDICIONAL – COMPETENCIA:** Es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad el irradiado de competencia para pronunciarse de fondo sobre solicitudes de libertad condicional, y no el juez de conocimiento.

**PRISIÓN DOMICILIARIA – REQUISITOS.**

**PRISIÓN DOMICILIARIA – NO PROCEDE POR EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL.**

No hay lugar a la concesión de este sustituto, siendo que cuando está de por medio la comisión de reatos de tipo sexual perpetrados en contra de menores de edad está proscrito que se conceda la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, bien por acudir a la prohibición del artículo 68A o a las reglas del artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia.

Estas proscipciones, en el marco de la coyuntura sanitaria, no se han morigerado, modificado y menos eliminado de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es forzoso atenderlas; sin que sea de recibo lo argumentado por la defensa haciendo alusión a algunos instrumentos internacionales, los cuales, según su criterio, imponían el otorgamiento de la prisión domiciliaria como parte del tratamiento excepcional y extraordinario que el Estado debe darle a los privados de la libertad en internamiento intramural para hacer frente a la pandemia, por cuanto los pronunciamientos invocados no encuadran en la acepción de bloque de constitucionalidad, no tienen la elevación constitucional que permita tratar a esas recomendaciones, como normas constitucionales superiores a las de carácter ordinario que regulan el instituto de la prisión domiciliaria. Además tal solicitud busca llevar al traste normas constitucionales, si se piensa que la prohibición de condescender la prisión domiciliaria para delitos sexuales en contra de menores de edad está afincada en la prevalencia e interés superior de ese grupo etario.

---

## ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto***

### ***Sala de Decisión Penal***

<b>Magistrado Ponente</b>	<b>:</b>	<b>Franco Solarte Portilla</b>
<b>Asunto</b>	<b>:</b>	<b>Apelación sentencia condenatoria</b>
<b>Delito</b>	<b>:</b>	<b>Tentativa acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado</b>
<b>Condenadas</b>	<b>:</b>	<b>HRL</b>
<b>Radicación</b>	<b>:</b>	<b>528386008806201500012-01 NI.33389</b>
<b>Aprobación</b>	<b>:</b>	<b>Acta N° 2020-105 (septiembre 21 de 2020)</b>

**San Juan de Pasto, veinticuatro de septiembre de dos mil veinte**

## **Vistos**

Se ocupa la Colegiatura de resolver la apelación formulada por la defensa del señor HRL en contra de la sentencia proferida el 9 de junio de 2020 por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 8 años y 1 mes de prisión y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, tras encontrarlo responsable del delito de tentativa de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

## **Los hechos**

Según como están narrados en el escrito de acusación, el día 28 de abril de 2015 el defensor de Familia Mauricio Calderón radicó denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, tras conocer por información del Hospital Gestionar Bienestar de Túquerres que la menor JPGG, de 13 años de edad, había ingresado al establecimiento médico por una infección urinaria, compatible con agresiones sexuales. Fue por ello que el 29 de abril de 2015 se conoció por fuente de la referida adolescente que su tío HRL le venía realizando para tal época diversas maniobras eróticas sexuales a cambio de dinero y bajo el apremio de que no debía contar nada de lo sucedido. Dijo la Fiscalía que, a raíz de la entrevista practicada a la niña, tales hechos se generaron a partir de que ella le contara a su consanguíneo los vejámenes sexuales de todo tipo a la que había sido sometida por diversas personas, y que fueron replicados por su tío.

## **Resumen de la actuación cumplida**

Por tales hechos, el 18 de mayo de 2015, a solicitud de la Fiscalía, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Túquerres profirió sendas órdenes de captura en contra de HRL y de 3 personas más, que se hicieron efectivas el 25 de mayo de 2015. En dicha fecha y al día siguiente se surtieron ante ese mismo Juzgado las audiencias preliminares concentradas de legalización de la aprehensión, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento intramuros.

Como todas las personas imputadas guardaron silencio, la Fiscalía presentó escrito de acusación, lo que convocó a que el 26 de noviembre de 2015 se celebrara la audiencia de formulación correlativa, en la que específicamente en lo que hace al señor HRL, le atribuyó la comisión de las conductas de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambas agravadas de conformidad con el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, tal como se habían endilgado en la imputación.

Antes de que se celebrara la audiencia preparatoria, que fue convocada en un par de oportunidades, el referido ciudadano y el ente instructor presentaron escrito de preacuerdo, que el día 18 de marzo de 2020 fue avalado por el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres. Tal convenio consistió en que la Fiscalía readecuó de manera unilateral la atribución jurídica, tras el ejercicio de ponderación de los elementos materiales probatorios, que la fijó como tentativa de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conforme el numeral 5º del artículo 211 del Código de las Penas, en concurso homogéneo y sucesivo. Así, las diligencias de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal se dieron inicio en la data referida y se agotaron el 18 de mayo del año cursante. En esta última sesión, el defensor del procesado solicitó se concediera en favor de este la libertad condicional.

Finalmente, el 9 de junio de 2020 se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia.

Hay que recordar también que en lo que respecta a los demás procesados, se rompió la unidad procesal, comoquiera que el 19 de enero de 2017 presentaran aceptaciones pre acordadas de responsabilidad.

### **Del fallo impugnado**

El Juez de primer nivel después de referirse a los hechos, los antecedentes procesales y los términos del preacuerdo que había sido suscrito y aprobado, pasó a sintetizar el material probatorio obrante, del que destacó la entrevista rendida por la menor JPGC el 29 de abril de 2015, el informe de medicina forense del 28 de abril de 2015 y el informe de psicología del ICBF del 28 de abril de 2015. Adujo que con tales probanzas estaba comprobada la comisión del delito de tentativa de acceso carnal abusivo agravado y la participación que como autor tuvo el acusado.

En cuanto a la dosificación punitiva, recordó que el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado está penado de 16 a 30 años de prisión, extremos que, en virtud del amplificador del tipo penal, relativo a la tentativa, se morigeran de 8 años a 22 años y 6 meses de prisión. Luego, señaló que como las partes habían pactado la pena mínima, a la que le aunaban 1 mes por el concurso de delitos, el monto total de la pena ascendía a 8 años y 1 mes de prisión. Afirmó que dicha cantidad era legal, pues no existían causales de mayor punibilidad, pero sí de menor punibilidad, además de la gravedad de la conducta, el daño real causado, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena.

En cuanto a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, memoró que la suspensión condicional de la ejecución de la pena exigía que la cantidad de pena no supere cierto límite, que no existan antecedentes penales y que el punible no se trate de aquellos previstos en el artículo 68A del Código Penal. Como avizó que esta última regla no se cumplía, el *A quo* denegó el subrogado. A igual conclusión llegó en tratándose de la prisión domiciliaria, al cabo de que el delito comporta igual prohibición, además de que la pena supera los 8 años de prisión. Reseñó que en ambos casos se predica la prohibición de conceder estas figuras según el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia.

Para dar respuesta a la petición de libertad condicional elevada por el defensor del procesado, la primera instancia trajo a recuento los requisitos que dicho subrogado tiene y a la par los preceptos que están previstos en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Con eso, se propuso examinar uno por uno de tales requisitos. Empezó diciendo que la conducta cometida era grave, porque atentó contra sujetos de especial protección constitucional, como lo son los niños, cuyos derechos son prevalentes; porque se extendió en el tiempo, tanto que podía hablarse de que la víctima fue sometida a una especie de esclavitud sexual; porque contra la adolescente se profirieron amenazas; porque el autor se aprovechó de la debilidad y estado de la menor, quien ni siquiera presenta traumatismos por las vejaciones sexuales, de allí que le hubiera aniquilado sus sentimientos y porque cuando supo que su sobrina estaba siendo abusada por otros individuos, en vez de dar aviso a las autoridades y sus padres, procedió de la misma ilícita manera.

Sobre el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, que correspondían a 58 meses y 6 días de prisión, contabilizó el término que lleva el acusado privado

de la libertad en detención preventiva más la redención por tiempo de horas de estudio y trabajo, cuya sumatoria daba 6 años, 3 meses y 23 días de prisión. Concluyó que dicho requisito objetivo estaba satisfecho.

De otro lado, advirtió que conforme lo certificado por el Director del Inpec Túquerres la conducta del recluso es buena y en los dos últimos años es calificada de ejemplar, lo que da muestras de la readaptación social y de la enmienda de sus errores.

El arraigo el Juzgador también lo dio por probado. Según la cartilla biográfica y demás documentos allegados por el defensor, acertó que los vínculos sociales, familiares y laborales del acusado los tiene en Túquerres, donde se domicilia con sus padres y su consorte y realiza actividades agropecuarias con su tía, siendo conocido en ese sector por la comunidad.

La reparación a la víctima aludió que también fue cumplida, conforme el acuerdo suscrito entre el encartado y la afectada (y otra menor víctima), mediante el cual se tranzó la suma de \$500.000 como pago de los perjuicios irrogados y que fue refrendada en audiencia, además de las manifestaciones de perdón y arrepentimiento que hizo públicas el procesado en el decurso de la actuación.

Ulteriormente, adujo que, aunque algunos de los presupuestos propios de la libertad condicional estaban cumplidos, de la Ley 1098 de 2006 emergía una prohibición legal que está vigente, que impide la concesión de todo subrogado para quienes hayan cometido delitos contra la integridad sexual de menores de edad. Como sustento trajo a colación algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en la materia. Añadió que ante tal evidencia congraciar la concesión de un subrogado prohibido soslaya el principio de

legalidad y va en contravía de la voluntad del legislador, lo cual está ligado a las funciones de prevención general y especial, así se haya observado que no es necesario continuar con el tratamiento carcelario.

Como último acápite denominado “*del incidente de reparación integral*”, el Juzgador señaló que no había mérito para condenar al pago de daños y perjuicios, porque no se probaron en el proceso, además de que fueron objeto de amigable composición entre los involucrados, salvo mejor criterio de la representación de víctimas, quien dispone del incidente de reparación integral o de la posibilidad de acudir a la vía civil.

Al final de su providencia, el *A quo* condenó al señor HRL a la pena de 8 años y 1 mes de prisión, más la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en tentativa, cometidos en las circunstancias modales, temporales y espaciales señaladas en su fallo, y dispuso emanar boleta de encarcelación para que la pena la purgue al interior del establecimiento carcelario.

## **La sustentación del recurso**

La defensa del encartado apeló la decisión de primera instancia en lo exclusivamente relacionado con la negativa a concederle subrogados penales. Disertó que el Fallador dejó de considerar gran parte de las apreciaciones que ese sujeto procesal elevó en la diligencia del artículo 447 adjetivo, que recaían sobre el tratamiento extraordinario que debe darse en la actualidad a los privados de la libertad con ocasión del virus Covid-19, dirigido a contener las trágicas consecuencias que afectan altamente a dicha

población, siendo que el Juez individual ninguna consideración, así sea tangencial, hizo al respecto.

Enfiló que tanto en la Resolución 1144 del 22 de marzo de 2020 de la Dirección General del Inpec como en los comunicados 66 del 11 de marzo de 2020, 27 y 073 de este año también, emanados de la CIDH, que transcribió de forma extensa, dan cuenta de la especial situación de vulnerabilidad de los presos. Destacó que estas tres últimas formas documentan las recomendaciones del organismo multilateral a los Estados para proteger a los reclusos en el contexto de la pandemia, como evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

Elucidó que los documentos evocados aplican para su defendido, quien además lleva pagada gran parte de la pena irrogada, de la cual únicamente le falta un tiempo de 21 meses y 7 días. Dijo que ello presupone que su prohijado reúne las condiciones que constituyen el presupuesto requerido para ser beneficiario del tratamiento excepcional que recomiendan los Organismos Multilaterales de protección de derechos humanos a los Estados signatarios, como Colombia, para disminuir los altos niveles de hacinamiento que aquejan a los centros carcelarios. Afirmó que tales instrumentos forman parte del Bloque de Constitucionalidad, y por eso son de imperiosa aplicación, no solamente por la jerarquía que los acompaña sino por lo excepcional de su aplicación.

Arguyó que en condiciones de normalidad se entendería la decisión del *A quo*, pero en las circunstancias actuales y por efecto de la pandemia se debe analizar en forma particular y especial la situación del condenado. Agregó a eso que el aislamiento social, que es la medida para hacer frente a la propagación del virus, que difícilmente se puede cumplir en un centro de reclusión con los niveles de hacinamiento que presentan los centros de reclusión del país, realidad de la que no escapa el EPCMS de la ciudad de Túquerres.

Esgrimió que el fin ontológico de la libertad condicional es anticipar el goce de este fundamental derecho a quien ha demostrado un alto grado de resocialización, que para el presente caso se cuenta no solamente con el factor objetivo de la gran cantidad de pena acumulada sino también lo referente al buen comportamiento del interno en el establecimiento carcelario y el aprovechamiento del tiempo en el centro de reclusión lo que dice de su alto grado de resocialización.

En punto a la valoración de la conducta punible efectuada por el Juez individual, se quejó el recurrente que no la aterrizó al caso concreto, pues sus premisas quedan cobijadas por la misma descripción legal del tipo que ya hizo el legislador, aspecto por el cual no se puede denegar el subrogado pedido. En lo que hace a la prohibición legal de asentir el subrogado por el tipo de reato endilgado, aunó que deben prevalecer los planteamientos expuestos acerca de las medidas y tratamientos excepcionales que deben darse a los privados de la libertad, que imponen que se conceda el subrogado, más si la mayoría de requisitos están satisfechos.

Como alegatos subsidiarios, despejó que, si la libertad condicional no es plausible por una aparente defraudación al interés general y privilegiado de

los menores de edad, es necesario, proporcional y razonable que se conceda la prisión domiciliaria, entendida como una medida excepcional frente a la coyuntura, que al ser cumplida en el lugar diverso y alejado de las víctimas salvaguardaría el derecho de estas y protegería al privado de la libertad.

Abogó de esa forma por la revocatoria de la decisión de primera instancia en pos de que se asienta la libertad condicional o en su defecto la prisión domiciliaria.

## **Consideraciones de la Sala**

Esta Corporación es competente para conocer de la contención en este caso presentada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, y en tal virtud le corresponde solventar los siguientes problemas jurídicos:

*¿El juez de conocimiento está habilitado para pronunciarse de fondo en su sentencia sobre si hay lugar o no a conceder la libertad condicional al procesado o respecto de tal subrogado es el juez de ejecución de penas el único que está investido de competencia?*

*¿Cabe que se asienta al acusado el sucedáneo de la prisión domiciliaria por razones sanitarias y humanitarias cuando el delito por el cual ha aceptado cargos es uno de aquellos respecto de los cuales se predicen prohibiciones legales para hacerlo?*

### **Competencia sobre la libertad condicional**

El procedimiento penal de la Ley 906 de 2004 asigna de manera categórica las competencias a cada uno de los funcionarios jurisdiccionales que intervienen en el proceso. En el libro primero del Código el legislador destinó un capítulo entero para definir la competencia entregada a las distintas autoridades judiciales del país, agrupadas según su nivel y por el tipo de funciones que cumplen al interior del rito penal. Así, por ejemplo, los artículos 36 y 38 se ocupan de señalar los asuntos que les concierne tratar a los jueces penales del circuito y a los de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Así pues, los primeros tienen una competencia residual, toda vez que en términos generales tramitarán todos aquellos procesos que no tengan asignación especial de competencia. De ahí, es necesario auscultar primero si en dicha normatividad cierto negocio no atañe ser procurado por otro juez a fin de conocer si es de aquellos que deben ser resueltos por el juez penal del circuito. Por su parte, los jueces de ejecución de penas tienen unas competencias privativas, si así se permite la expresión, porque el estatuto adjetivo les encomienda una serie de asuntos que son de su exclusivo resorte y que desde luego tienen que ver con todo aquello relacionado con la ejecución de las sentencias donde se imponen las sanciones penales en pro de que se cumplan.

En materia de la libertad condicional, el legislador sí estableció unas claras competencias, pues determinó que tanto su concesión como su revocatoria son cuestiones que deben conocer los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Así está postulado de forma explícita en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, que a la letra dicta: “*los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen: (...) 3. Sobre la libertad condicional y su revocatoria*”. Conforme a tal asignación no es dable acudir a

la competencia residual de los jueces penales del circuito, amén de que –y valga la redundancia- la diligencia sí tiene una competencia especial.

Cabe colegir de esa manera que por tales explícitas disposiciones lo atinente a la libertad condicional no es una materia cuyo conocimiento el código se la haya encomiado a los jueces de conocimiento. Pero más allá de ello, la propia naturaleza de la libertad condicional y la regulación que tiene en el estatuto sustantivo reafirman tal aserción. El artículo 64 de la Ley 599 de 2000 señala que el “juez, *previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a **la persona condenada** a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos (...)*”. Ello quiere decir que tal subrogado es una figura que se predica para aquellas personas que ostentan ya la calidad de condenadas, que es una condición que solamente se adquiere con una sentencia condenatoria en firme.

Tal cosa se refrenda además por lo que aparece normado en los artículos 459 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que regulan en parte la fase relativa a la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. En dicho diseño hay un acápite especialmente previsto a reglar lo atinente a la libertad condicional. Véase que el artículo 471 prevé que “*el condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el Código Penal podrá solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la libertad condicional, acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos exigidos en el Código Penal, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes*”. A su turno, el artículo 472 indica que “*recibida la solicitud, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad resolverá dentro de los ocho (8) días siguientes, mediante providencia*

*motivada en la cual se impondrán las obligaciones a que se refiere el Código Penal, cuyo cumplimiento se garantizará mediante caución.”*

Tal determinación legislativa de imprimir competencia a los susodichos juzgados tiene su razón de ser. La libertad condicional se cataloga como un sucedáneo sujeto a condiciones según las voces del artículo 64 del Código Penal. Ello implica que el detenido examen de requisitos de orden objetivo, como por ejemplo la verificación de haber purgado el condenado las 3/5 partes de la pena o el arraigo, y otros del orden subjetivo, como cuando debe abordarse la valoración de la conducta punible y el comportamiento denotado en encierro, impone la indefectible intervención del Inpec. Y es que tal autoridad carcelaria debe aportar las correspondientes constancias, tareas funcionales que encuentran en sede ejecutiva de la sanción el escenario propicio para hacerlo.

Lo acabado de mencionarse no es asunto nuevo para el Tribunal, pues en similares términos ya ha sido motivo de pronunciamiento, de este modo:

“En segundo lugar, en lo que atañe a la procedencia para resolver sobre el subrogado de libertad condicional, deprecado por la Defensa, que se dirige a obtener tal beneficio para todos los procesados, esta Sala observa que tampoco es competente para pronunciarse al respecto, dado que, por un lado el artículo 38 numeral 3º del Código de Procedimiento Penal, establece que la competencia para el conocimiento de este instituto jurídico y su revocatoria, se encuentra en cabeza de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y no en cabeza de la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito.

Así entonces, se ha hecho mención en providencia proferida por la Sala Penal de este Tribunal, N.I. 26627 del 5 de julio de 2018, MP. Silvio Castrillón Paz, que la figura de la Libertad Condicional es un tema que para su estructuración exige requisitos objetivos y subjetivos que deberán ser estudiados y acreditados en la etapa de Ejecución de Penas, y no en la etapa de Conocimiento”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, providencia del 26 de julio de 2019, radicación N.I. 19330, M.P. Blanca Arellano Moreno.

Estas precisiones bastan para concluir que es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad el irradiado de competencia para pronunciarse de fondo sobre solicitudes de libertad condicional, y no el juez de conocimiento. Lo correcto es que peticiones de esta estirpe sean elevadas ante el primer funcionario mencionado.

Conforme a tales presupuestos, para dar respuesta al primer problema jurídico planteado, cabe recordar que en el escenario del artículo 447 adjetivo la defensa deprecó la concesión de la libertad condicional, súplica que debía dirigirla al juez de ejecución de penas, cuya decisión en virtud del artículo 478 del Código de Procedimiento Penal es apelable ante el propio sentenciador. Pese a ello, el *A quo* realizó un estudio de fondo sobre el subrogado, aun cuando carecía de competencia. Lo que a su turno correspondía para el Fallador era que se abstuviera de darle trámite y solución a ese pedimento, por tratarse de un asunto reservado al juez de ejecución de penas, como ha sido avalado por esta Sala en anteriores oportunidades<sup>2 3</sup>.

Pese a que finalmente el Juez se terminó pronunciando de la consabida manera, esta Corporación que actúa como juez de conocimiento en segunda instancia no está licenciada para finiquitar la discusión como lo pretende el apelante. Hacerlo significaría asumir una competencia que no tiene y abrogársela a quien sí la ostenta, con lo que de paso las respectivas instancias judiciales también terminarían tergiversadas. Al cabo de tales disertos, la salida que debe adoptarse ahora es que la Sala se abstenga de

---

<sup>2</sup> Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, providencia del 2 de agosto de 2018, radicación N.I. 22055, M.P. Blanca Arellano Moreno.

<sup>3</sup> Tribunal superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, providencia del 5 de julio de 2018, radicado N.I. 26627, M.P. Silvio Castrillón.

dirimir de fondo la alzada, con lo que desde luego no será menester que trascienda a los aspectos que sobre la gravedad de la conducta o la necesidad de la libertad condicional plasmó el impugnante, quien podrá hacerlo en el escenario natural ya señalado.

### **Sobre la prisión domiciliaria**

El artículo 38B del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014, instituye los requisitos generales de la prisión domiciliaria tales como que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de esa obra, que se demuestre el arraigo familiar y social y que se garantice mediante caución el cumplimiento de algunas obligaciones que están previstas en el numeral 4º de la primera norma en cita. Hay que decir que el referido artículo 68A, con las modificaciones de la Ley 1709 de 2004, enlista justamente los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Empero, bien se sabe que el derecho es un sistema, por lo que no basta acudir a determinada prescripción normativa para comprender la regulación que cierta materia tiene en el ordenamiento jurídico, sino que ha de verse si en este existen otros dispositivos reguladores, cuya observancia sea inevitable. Es así que por virtud de una imperativa interpretación sistemática es forzoso acudir a lo previsto en el Código de la Infancia y Adolescencia, comoquiera que los punibles que fueron endilgados y aceptados en este asunto son de aquellos recaídos en contra de menores de edad. Puntualmente, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 consagra que cuando se trata de delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro

cometidos contra niños, niñas y adolescentes no procederá ningún tipo de beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración.

Refulge entonces que cuando está de por medio la comisión de reatos de tipo sexual perpetrados en contra de menores de edad está proscrito que se conceda la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, bien por acudir a la prohibición del artículo 68A o a las reglas del artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia. De una u otra manera, para este tipo de comportamientos ilícitos el legislador ha vetado los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, particularmente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Ese es un entendimiento que de manera pacífica y llana se colige de la lectura de aquellas disposiciones y que impera en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“Como quiera que se profiere condena por un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, en contra de una niña; se denegarán, por expresa prohibición legal (art. 199 L. 1098/2006 y 68A C.P.), los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.”<sup>4</sup>

Sabido eso, hay que referir primeramente en el asunto de marras que tales disposiciones, tal como acaban de reseñarse, son las que resultan aplicables al señor HRL en virtud de que se encontraban vigentes para la fecha de los hechos. Si bien es que la sentencia condenatoria no consignó a ciencia cierta la calenda o el espacio temporal en que acaecieron las conductas punibles atribuidas a aquel, pues se limitó a deponer–siguiendo a ciegas lo depositado en el escrito de acusación- la data para la cual se tuvo conocimiento de los hechos delictivos, acompasado ese compendio con los elementos materiales

---

<sup>4</sup> CSJ SP, 5 dic 2018, rad. 44.564.

de prueba allegados con el preacuerdo, el escenario temporal es perfectamente identificable.

De acuerdo con las entrevistas de la víctima, que fueron rendidas ante el ICBF y la Fiscalía para el 2015, y según el informe de la autoridad de familia, los abusos sexuales acontecieron desde que la menor se encontraba en tercero de primaria y hasta fechas cercanas para cuando todo se supo. Precisamente para cuando se elevaron las denuncias, alrededor del mes de abril de 2015, la adolescente contaba con 13 años de edad y cursaba cuarto de primaria. Además, la deponente exteriorizó que el inicio de todas las agresiones sexuales de las que fue objeto, no solamente por el ahora acusado, sino por quienes estuvieron también vinculados a la actuación, se dio cuando tenía 12 años de edad. Ello es indicativo de que los hechos por los que ha sido encausado HRL sobrevinieron entre el 2014 y 2015, en vigencia de las normas cuyos términos acabaron de rememorarse.

Hecho ese paréntesis, más allá de que la Sala encuentre acreditados los numerales 1º y 3º del artículo 38B del Código Penal, comoquiera que la pena legal para el delito de tentativa de acceso carnal abusivo agravado no supera los 8 años de prisión y el arraigo social, familiar y laboral del procesado está soportado según los medios de convicción aportados en la ciudad de Túquerres, emergen sendas prohibiciones legales por el tipo de punible sobre el cual se emite condena. Tales proscriciones se derivan de lo normado en el inciso de los artículos 68A de la Ley 599 de 2000 y 199 del Código de la Infancia y Adolescencia.

De ese modo, fácil se sella que hizo bien la primera instancia en rehusar la concesión de la prisión domiciliaria tras acatar de forma plena el principio de legalidad, mismo que obligaba a dar aplicación a tales presupuestos. Estas

proscripciones, en el marco de la coyuntura sanitaria, no se han morigerado, modificado y menos eliminado de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es forzoso atenderlas.

Veamos que el Decreto Legislativo 546 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la pandemia determinó que condenados y procesados, reclusos en los establecimientos carcelarios, tendrían derecho a medidas de detención preventiva y prisión domiciliaria transitorias en su lugar de residencia o en el que sea autorizado por el juez. Para eso estableció una serie de condiciones que los pretensos beneficiarios debían cumplir, pero a la par también enlistó gran cantidad de injustos que estarían excluidos de esos beneficios, como justamente son los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Lo que es más, de forma explícita dijo que no procederán esos sustitutos en tratándose de los reatos que trata el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Quiere decirse con esto que desde el punto de vista estrictamente legal no hay lugar a que se predique un tratamiento especial y transitorio, como fue solicitado en la primera instancia por el defensor del justiciado, porque el legislador extraordinario descartó de dicho trato a quienes como el señor HRL les fue enrostrado un punible objeto de exclusión.

Ahora bien, el recurrente ha averado que existen disposiciones supranacionales, integradas al bloque de constitucionalidad, que resultan de imprescindible aplicación y que llevan a la forzosa conclusión que debe asentirse a su prohijado la prisión domiciliaria como parte del tratamiento excepcional y extraordinario que el Estado debe darle a los privados de la libertad en internamiento intramural para hacer frente a la pandemia. Estudiemos si esos asertos pueden ser admitidos por la Sala.

La normatividad constitucional no es prerrogativa exclusiva de los artículos que integran el texto de la Carta Política. Este estatuto está integrado por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y que comparten con los artículos de la Constitución la mayor jerarquía normativa en el orden jurídico interno. En esa medida, el concepto de bloque de constitucionalidad acoge la idea de que la Constitución es más amplia que su explícito texto, pues existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales<sup>5</sup>.

La Corte Constitucional viene interpretando cuáles son esos componentes del bloque de constitucionalidad y, partiendo de lo normado en los artículos 4 y 93 de la Carta, fundamentalmente, ha distinguido que hay una noción estricta y una lata que permiten comprenderlo. Conforme a la primera, el bloque se encuentra compuesto por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional. Por su parte, la noción *lato sensu* se refiere a aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional<sup>6</sup>.

Bien bajo el sentido estricto o lato, la alta Corporación<sup>7</sup> ha ilustrado que en forma puntual hacen parte del bloque de constitucionalidad las normas que reconocen derechos humanos no susceptibles de limitación en estados de

---

<sup>5</sup> C-067 de 2003.

<sup>6</sup> C-582 de 1992.

<sup>7</sup> C-139 de 2018.

excepción de los tratados internacionales de derechos humanos previa ratificación, los tratados de derecho internacional humanitario y las normas *ius cogens* (estos bajo el sentido estricto). Y también ha integrado a los tratados internacionales que definen las fronteras del Estado, los tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción, el preámbulo de la Constitución, las leyes orgánicas y estatutarias (estos bajo el sentido lato).

Estas disposiciones que ostentan jerarquía constitucional son vinculantes no solamente para quien las produce, sino también para los jueces en sus providencias, esto, a través de 4 maneras: (I) sirven de reglas de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación, ii) integran la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso, iii) orientan las funciones del operador jurídico, y, iv) limitan la validez de las regulaciones subordinadas<sup>8</sup>.

En mente tales conceptos, debe repasarse también que las organizaciones internacionales pueden adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con efectos jurídicos distintos, como lo son resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, tratados, convenios, medidas provisionales y cautelares, sentencias, etcétera. En lo que es de interés para la resolución de este recurso vertical, las recomendaciones son aquello que su propio nombre dejar deducir, esto es, exhortos o invitaciones a los Estados destinatarios para que procedan de determinada manera. Por esa cuenta, en principio no tienen el mismo efecto vinculante que sí lo tienen las sentencias de los órganos judiciales, las decisiones unilaterales de la organización o los tratados y convenios suscritos. Sin embargo, en algunas

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

ocasiones sí pueden llegar a serlo bajo algunas condiciones. A este respecto, la Corte Constitucional viene señalando que:

“La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser “*sentencias*”, las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y “*opiniones consultivas*”, desprovistas de tales efectos; y por otra parte, están las decisiones y las recomendaciones.

En lo que concierne a las decisiones, se trata de un acto jurídico unilateral de una Organización Internacional que tiene efecto vinculante. (...) **Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados Partes en la Organización Internacional, y en ocasiones, los particulares.**

Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto *Caballero Delgado y Santana contra Colombia* estimó que el término “*recomendaciones*”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “*conforme a su sentido corriente*” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “*no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado*”. De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.

(...)

**En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.”<sup>9</sup> (Negritas fuera del texto original)**

Comentemos también que en virtud del artículo 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana tiene competencia para formular *recomendaciones* a los gobiernos de los Estados miembros, como Colombia, para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos en el marco de sus leyes internas y disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Estas recomendaciones aluden con frecuencia a situaciones generalizadas de violaciones a los derechos humanos en un Estado determinado. No obstante, su implementación interna en muchas ocasiones depende de la voluntad del legislador en la medida en que se le invita a regular una materia o a que derogue una determinada normatividad contraria al tratado internacional. Estas recomendaciones usualmente aparecen consignadas en los informes sobre Estados que elabora la Comisión, sobre todo, al término de una visita al país o pueden figurar en el texto de sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en el continente<sup>10</sup>. Véase:

“Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella"; "39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la

---

<sup>9</sup> T-558 de 2003.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria...". Por último, "Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, **no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado (...) el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas.**"<sup>11</sup> (Negrillas son de la Sala)

Para ser más específicos, la CIDH expidió la Resolución 001 de 2020 sobre pandemia y derechos humanos en las Américas, que documenta recomendaciones a los Estados en la atención de la calamidad desde los diversos escenarios en donde están en juego los derechos humanos. En materia de las personas privadas de la libertad el organismo recomendó a los Estados "*adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19 (...)*". También exhortó a "*asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión*". E igualmente instó "*adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19 (...)*".

Al mismo estilo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emanó un pronunciamiento del 9 de abril de 2020. Según este, la Corporación instó a los Estados a que la adopción e implementación de medidas dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana

---

<sup>11</sup> T-568 de 1999.

sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener la pandemia se efectúen en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. Para la temática que ahora se estudia la Corte dijo que *“dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”*.

Llegados aquí, estas precisiones teóricas son suficientes para responder el cuestionamiento elevado por el defensor frente a la negativa de la primera instancia en conceder a su patrocinado la prisión domiciliaria, que en su sentir se hacía meritoria, porque los instrumentos internacionales acabados de relacionar lo imponían. Sin embargo, tales planteamientos no tienen la potencia ni los efectos que alega el recurrente por las siguientes razones:

Si en rigor jurídico se habla, los documentos de carácter multilateral a que hizo alusión el togado no encuadran en la acepción de bloque de constitucionalidad ni en su sentido laxo y menos en el estricto. Ya se vio que no todo instrumento o producción que se emane en el escenario internacional ingresa al bloque de constitucionalidad, porque para ello al menos debe tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias del país o debe ingresar bajo los cauces que la Constitución misma define, respectivamente. En este evento, es cierto que la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han proferido sendos comunicados, declaraciones y recomendaciones en materia del tratamiento a las personas privadas de la libertad en la coyuntura pandémica. Pero con precisión jurídica aquellos

hacen relación a exhortos o invitaciones que dichos organismos dirigen en general a los Estados miembros para que adopten medidas para frenar la sobrepoblación y hacinamiento carcelarios y dispongan de alternativas al cumplimiento de las penas o medidas de seguridad en intramuros como formas de enfrentar la pandemia.

Quiere decirse con lo anterior que los pronunciamientos invocados por el apelante carecen, desde un punto de vista jurídico, de la connotación que él les da, porque no tienen la elevación constitucional que permita tratar a esas recomendaciones, que en abstracto se han hecho, como normas constitucionales superiores a las de carácter ordinario que hoy en día regulan el instituto de la prisión domiciliaria. Por esa suerte, tales recomendaciones no tienen la potencialidad de trasmutar con obligatoriedad las prescripciones que, por ejemplo, en el tema de la prisión domiciliaria tiene Colombia. De hecho, en la misma naturaleza de estas se cuenta con que no pueden establecer el modo de ejecutarlas o cumplirlas a nivel interno, esto es, en sí mismas no pueden disponer en forma alguna de la legislación nacional.

Como ello es así, la conclusión a la que arriba el abogado es inclusive más lejana. Y es que soportado en tales instrumentos busca llevar al traste no solamente unas normas ordinarias que instituyen los requisitos legales para acceder a unos mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, sino también unos contenidos constitucionales, si se piensa que la prohibición de condescender la prisión domiciliaria para delitos sexuales en contra de menores de edad está afincada en la prevalencia e interés superior de ese grupo etario. Recábase en que el legislador extraordinario previó excluir de forma tan expresa e insistente de las medidas de detención y prisión domiciliaria especiales por la pandemia a los procesados y condenados por tales punibles, tras haber realizado, lo que debe entenderse, un ejercicio de

ponderación entre los bienes inmiscuidos, decantándose por auspiciar los derechos de las víctimas menores de edad.

Además, de fondo, los instrumentos internacionales no contemplan como reglas de seguimiento a ultranza que para todos los delitos las medidas de protección a la población reclusa sean las excarcelaciones o el confinamiento en el domicilio, ni que estas sean las únicas, pues también las recomendaciones instan a la adopción de otras medidas de contención al interior de los penales o de las unidades de privación de la libertad. En este caso, el Estado colombiano ha acrisolado que para aquellos que como el acusado han sido judicializados por delitos atentatorios contra la integridad y formación sexuales de los menores de edad, la protección de sus derechos en el marco de la pandemia ha de provenir a través de estas segundas, que podrán ser demandables a través de sus propios mecanismos de exigibilidad y no de las primeras.

En suma, sea lo anterior suficiente para responder los alegatos del impugnante y de contera para señalar que la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria habrá de ser confirmada en segunda instancia.

## **Decisión**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

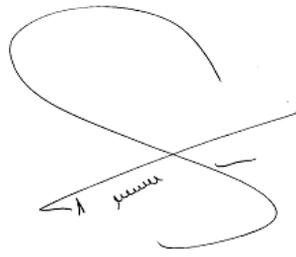
## **Resuelve:**

**Primero.- Abstenerse** de resolver la alzada en punto al tema de la libertad condicional conforme lo señalado en precedencia.

**Segundo.- Confirmar** la providencia objeto de apelación en lo demás.

**Tercero.-** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según así lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

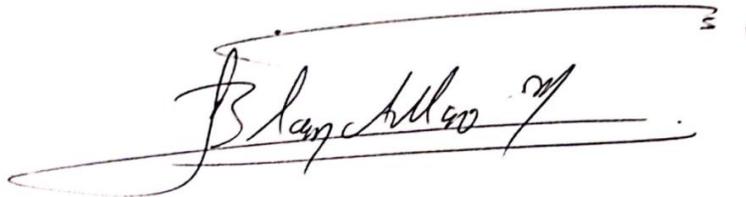
Notifíquese y Cúmplase.



**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**



**Héctor Roveiro Agredo León**  
**Magistrado**



**Blanca Lidia Arellano Moreno**  
**Magistrada**

1042



**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
**Secretario**

## REGISTRO DE PROYECTO No. 111

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES  
LEGALES,**

### HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 y PCSJA20- 11629 del 11 de septiembre de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 16 de septiembre de 2020.

  
**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
Secretario