

*Republica de Colombia
Rama Judicial*



*Comisión Nacional de Disciplina Judicial
SECRETARIA JUDICIAL*



COMISION NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno
(2021)

Magistrado Ponente: Dr. Julio Andrés Sampedro Arrubla

Radicación No. 1800111020002016 00264 01

Aprobado según Sala No. 7 de la misma fecha

Referencia: Funcionario en apelación
sentencia. Investigado: Oscar Enrique
Aguirre Perdomo-Juez de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de
Florencia - Caquetá

1. ASUNTO A DECIDIR

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en ejercicio de sus
competencias consignadas en el artículo 257A de la Constitución

Política y disposiciones jurídicas complementarias¹, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el investigado **Oscar Enrique Aguirre Perdomo** contra de la sentencia de primera instancia del 11 de abril de 2019², proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Caquetá, mediante la cual lo declaró responsable de incurrir en la falta contenida en el artículo 153 numeral 1 de la ley 270 de 1996 y le impuso una sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

2. LA CONDUCTA QUE SE INVESTIGÓ Y POR LA CUAL SE IMPUSO LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

El comportamiento objeto del trámite de la presente actuación disciplinaria consiste en que el servidor público judicial **Oscar Enrique Aguirre Perdomo** en su calidad de Juez de Ejecución de

¹ Inciso quinto del artículo 257 A de la C. P.: «La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados»; en concordancia con el artículo 112 numeral 4º de la Ley 270 de 1996.

Adicional en armonía con el párrafo transitorios 1º del Acto Legislativo No. 02 de 2015. «**PARÁGRAFO TRANSITORIO 1º.** Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. **Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura...**». (Negrilla y subrayado fuera de texto).

² Folios 187 a 201 del cuaderno principal (C.P.)

Penas y Medidas de Seguridad de Florencia–Caquetá, profirió el auto interlocutorio distinguido con el No. 2485 de fecha **26 de noviembre de 2014**³, mediante el cual concedió al condenado **Enrique Palacios Bustamante** el beneficio sustitución **prisión intramural por la domiciliaria**, con fundamento en los artículos 38 G y 68 A del Código Penal.

La providencia judicial en cita, fue apelada por la Procuraduría General de la Nación⁴, y revocada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial Florencia- Caquetá mediante sentencia de fecha 5 de febero de 2016⁵, tras considerar que “...*observa esta judicatura que no es jurídicamente posible, como erradamente lo consideró el a quo, apoyarse tal precepto al caso bajo estudio para conceder ese puntual beneficio, toda vez que el condenado incurrió en el delito contemplado en los artículos 33 (modificado por el Art. 17 de la Ley 365 de 1997) y 38, de la Ley 30 de 1996 (Estatuto Nacional de Estupefaciente), normas vigentes para el momento de los hechos, consistente en **transportar y comercializar narcóticos en una altísima cantidad (412 Kilos)**, ilícito que por expresa disposición del artículo 38 G del Código Penal se encuentra excluido del beneficio de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramuros”*

³Anexo denominado. “SEGUNDO CUADERNO ORIGINAL” folios 153 al 156.

⁴ Anexo denominado. “SEGUNDO CUADERNO ORIGINAL” folios 161 al 174.

⁵ Anexo denominado. “SEGUNDO CUADERNO ORIGINAL” folios 183 al 192.

En efecto para el caso, la medida sustitutiva de prisión domiciliaria se otorgó por el aquí investigado disciplinariamente, no obstante que el señor Enrique Palacios Bustamante mediante sentencia proferida el 10 de febrero de 2010⁶, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué - Tolima, fue condenado a la pena principal de 12 años de prisión y multa equivalente a 200 salarios mínimos mensuales, como coautor responsable penalmente del delito previsto en el artículo 33 iniso 1º de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, consistente en **transportar y comercializar narcóticos**, decisión que fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tolima – Sala de Decisión Penal- órgano judicial que en providencia fechada del 13 de octubre de 2011⁷ confirmó el fallo impugnado, al considerar acreditado en grado de certeza la conducta punible de **TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO** como lo concluyera la primera instancia, por la incautación de **412 Kilos de clorohidrato de cocaína**.

⁶ Anexo denominado. “CUADERNO PARA EL CONTROL DE LA PENA IMPUESTA A ENRIQUE PALACIOS BUSTAMANTE, DETENIDO EN ESL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE FLORENCIA CAQUETA”, folios 31 al 65.

⁷ Anexo denominado. “CUADERNO PARA EL CONTROL DE LA PENA IMPUESTA A ENRIQUE PALACIOS BUSTAMANTE, DETENIDO EN ESL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE FLORENCIA CAQUETA”, folios 67 al 100.

3. TRÁMITE PROCESAL

Acreditada la condición de funcionario judicial del investigado⁸, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Caquetá **mediante auto del 24 de febrero de 2016**⁹, **ordenó la apertura de la investigación disciplinaria.**

Posteriormente y perfeccionada la etapa de investigación, mediante auto del 25 de mayo de 2017¹⁰, se cerró la investigación, y en firme esta decisión se procedió mediante providencia del 15 de marzo de 2018¹¹, a **formular pliego de cargos disciplinarios** al funcionario judicial Oscar Enrique Aguirre Perdomo en su calidad de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia - Caquetá por la presunta incursión en la falta descrita en el artículo 153 numeral 1º de la Ley 270 de 1996, en concordancia con lo previsto en los

⁸ Folios 23 a 28 C.P.

⁹ Folios 17 y 18, *ibídem*.

¹⁰ Folio 92, *ibídem*.

¹¹ Folios 100 a 114, *ibídem*



artículos 38 G y 68 A del Código Penal, e incursión en falta gravísima acorde con el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 en armonía con el artículo 413 del Código Penal; y todo acorde a lo preceptuado en el artículo 196 de la Ley 734 de 2002.

Una vez se notificó personalmente al investigado de los cargos en su contra presentó escrito de descargos¹², oportunidad en la cual solicitó pruebas para la etapa de juicio, las cuales fueron decretadas y se corrió el término para que los sujetos procesales alegaran de conclusión¹³.

Seguidamente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Seccional de Caquetá profirió la sentencia del 11 de abril de 2019¹⁴, mediante la cual declaró responsable disciplinariamente al funcionario judicial Oscar Enrique Aguirre Perdomo, en su condición de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia – Caquetá, a quien le impuso una sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años.

¹² Folios 123, *ibídem*

¹³ Folio 181, *ibídem*.

¹⁴ Folios 187 a 201, *ibídem*.

Dentro del término de ley, el disciplinable interpuso el recurso de apelación¹⁵ contra la decisión sancionatoria, para que esta fuera revocada y en su lugar se le absolviera de responsabilidad.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Consideró la Sala de primera instancia, que del análisis del contenido del auto interlocutorio distinguido con el No. 2485 del 26 de noviembre de 2014, a través del cual el investigado Oscar Enrique Aguirre Perdomo en su calidad de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia – Caquetá, concedió la sustitución de la ejecución de la pena privativa de la libertad de prisión intramural por domiciliaria a favor del sentenciado Enrique Palacios Bustamante, era contraria a la Ley tras advertir que desconoció abiertamente las disposiciones contenidas en los artículos 38 G y 68 A del Código Penal (vigentes para la época de los hechos), normas claras en indicar que existen excepciones para que proceda la pena privativa de la libertad en lugar de residencia del condenado cuando se trata de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, haciendo salvedad a lo contemplado en el artículo 375 y el inciso 2º del artículo 376 del Código Penal, si la cantidad de cocaína o de sustancia

¹⁵ Folios 206 a 209, *ibídem*.

estupefaciente no supera los 100 gramos; puntualizando que en el caso concreto al sentenciado le habían incautado 412 kilos de dicha sustancia.

Para la primera instancia no fueron de recibo los argumentos exculpatorios del disciplinado, pues no se entiende cuál fue el criterio utilizado por éste para conceder dicho beneficio, pues al analizar los artículos 38 G y 68A del Código Penal, en estas disposiciones tal y como las describe la Ley 1709 de 2014, de ninguna manera se advierte un caso de antinomia o contradicción entre una y otra norma, por lo que no era pertinente acudir al principio de favorabilidad para el resolver el asunto, siendo que ambas disposiciones le eran perfectamente aplicables.

En consecuencia, señaló que las normas desconocidas por el funcionario encartado, son claras, carentes de ambigüedades y contundentes al disponer que *“la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado...**excepto**...en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: //relacionados con el **tráfico de estupefacientes**”*. Por lo tanto, como Enrique Palacios Bustamante fue condenado por un delito de narcotráfico, objetivamente no era posible conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramuros.

Por lo anterior, mantuvo la calificación de la falta como gravísima al incurrir el investigado objetivamente en el tipo penal de prevaricato, al constatarse que la decisión proferida fue manifiestamente contraria a derecho, al aplicar indebidamente las disposiciones que se refieren a la no procedencia de la medida sustitutiva de la detención domiciliaria, vulnerador del deber funcional configurante de la ilicitud sustancial, razón por la cual fue declarado culpable a título de dolo.

Finalmente, en atención a lo dispuesto en los artículos 44 numeral 1º y 46 de la Ley 734 de 2002, la primera instancia le impuso al disciplinable una sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años. Para ello tuvo en cuenta que la calificación realizada fue de falta gravísima a título de dolo, en razón a la gravedad de la conducta, criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el funcionario judicial Oscar Enrique Aguirre Perdomo interpuso el recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos: Adujo que en el caso concreto lo que hizo fue dar una interpretación novedosa y basada en la autonomía e

independencia judicial, puesto que consideró que existía una contradicción o una antinomia entre los artículos 38 G y 68 A del Código Penal, disposiciones modificadas por la Ley 1709 de 2014, razón por la cual considera que no es susceptible de responsabilidad disciplinaria. De otro lado, indicó que no existió dolo en su actuar.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizado el recurso de apelación, los problemas jurídicos que debe resolver la Comisión Nacional de Disciplina Judicial son los siguientes:

- ¿Podría no ser susceptible de sanción disciplinaria el investigado por la emisión de la providencia judicial cuestionada en la que se otorgó el beneficio prisión domiciliaria al condenado, en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial, por aplicación de normas que consideró contradictorias, en desarrollo del principio de favorabilidad?

- ¿Fue correcta la imputación subjetiva a título de dolo que hizo la primera instancia respecto de la conducta cometida por el funcionario judicial Oscar Enrique Aguirre Perdomo en

su condición de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia – Caquetá?

6.1 Primer problema jurídico.

- ¿Podría no ser susceptible de sanción disciplinaria el investigado por la emisión de la providencia judicial cuestionada en la que se otorgó el beneficio prisión domiciliaria al condenado, en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial, por aplicación de normas que consideró contradictorias, en desarrollo del principio de favorabilidad?

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial sostendrá la siguiente tesis: el Juez disciplinable investigado desconoció abiertamente el deber establecido en el artículo 153 numeral 1º de la Ley 270 de 1996, toda vez que los artículos 38 G y 68 A del Código Penal, no son contradictorias, y exceptúan el otorgamiento del beneficio prisión domiciliaria a quienes hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, razón por la cual el implicado disciplinariamente no debió haber aplicado el principio de favorabilidad a favor del sentenciado penalmente.

Para respaldar dicha afirmación, se abordarán los siguientes temas:

- Favorabilidad en derecho penal.
- Límites a la aplicación de los principios de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales.
- Resolución del caso en concreto.

6.1.1 Favorabilidad en el derecho penal.

El principio de favorabilidad constituye un elemento esencial del debido proceso, el cual reconoce el derecho fundamental en cabeza de las personas investigadas o condenadas penalmente, a que se aplique la norma que afecte menos sus derechos, garantías e intereses, cuando exista una sucesión de leyes sustanciales o procesales de naturaleza penal en el tiempo, y se necesita elegir una de ellas para aplicarla al caso concreto.

El principio de favorabilidad implica la coexistencia de disposiciones jurídicas permisivas o favorables con normas

restrictivas o desfavorables y se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 29 del Estatuto Superior, según el cual “[e]n materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

La favorabilidad penal no constituye una simple pauta hermenéutica o de interpretación de la norma, si no una directriz con fuerza jurídica vinculante elevada a derecho fundamental que obliga a los decisores judiciales a elegir la más favorable al procesado o condenado cuando se presenta una sucesión de leyes penales en el tiempo; principio que se encuentra contemplado en el artículo 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por la Ley 74 de 1968, y en el artículo 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos pacto de San José de Costarica, aprobada por la Ley 16 de 1972, cuerpos normativos que integran el bloque de constitucionalidad en materia penal, por ser tratados o convenios en los cuales el Estado Colombiano reconoce derechos humanos, en los términos previstos en el artículo 93 constitucional.

De manera especial en el marco del principio de legalidad, el inciso segundo del artículo 6º del Código Penal, consagra el principio de favorabilidad al decir que: “La ley permisiva o

favorable, aún cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también aplica para los condenados”, lo cual supone que en esta hipótesis legal, las disposiciones jurídicas penales más favorables pueden ser aplicadas excepcionalmente de manera retroactiva como si hubieran estado vigentes en el momento en que ocurrieron los hechos materia de la actuación, como una manera evitar la arbitrariedad del Estado y de garantizar la eficacia del ejercicio de los derechos humanos y garantías del procesado o condenado, lo cual armoniza con el logro del cometido de realización de justicia material en el caso concreto.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 225 de 2019, caracteriza a manera de conclusión el principio de favorabilidad en materia penal en los siguientes términos: *“(i) ha sido consagrado por norma superior -art. 29 CP- e instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad - art. 93 CP- como un principio rector del derecho punitivo; (ii) forma parte integral del debido proceso penal y se contempla como derecho fundamental intangible y de aplicación inmediata -art.85 CP-; (iii) no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales para su aplicación en materia penal; (iv) la aplicación de este derecho corresponde al juez de conocimiento del proceso respectivo; (v) la potestad para fijar la vigencia de una*

ley radica en el legislador y el precepto que prevé su vigencia hacia el futuro se limita a hacer expreso el principio de irretroactividad de la ley penal, como expresión del postulado de legalidad, sin que por ello se vulnere el principio de favorabilidad.”

Por lo anterior, si bien es cierto que el principio de favorabilidad en el derecho penal ha sido consagrado por norma superior y debe ser tenido en cuenta como un principio rector en el proceso penal, para el caso en estudio no sería aplicable toda vez que como se profundizará mas adelante, los artículos 38 G y 68 A del Código Penal, no son contradictorias razón por la cual el principio de favorabilidad no era procedente en esta ocasión.

6.1.2. Límites a la aplicación de los principios de autonomía e independencia de los funcionarios judiciales.

La Rama judicial en general es independiente y autónoma en el ejercicio constitucional y legal de administrar justicia, como lo reconoce de manera expresa el artículo 5 de la Ley 270 de 1996, disposición emitida en desarrollo del artículo 228 constitucional que dispone:

“ARTICULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones **son independientes**. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el*

*derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. **Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.***”

Así las cosas, se ha otorgado independencia funcional por parte de la Carta Política a los servidores públicos judiciales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en atención a la importancia de la función jurisdiccional, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento pueden ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el Legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia. En suma, la autonomía e independencia judicial constituye una expresión al principio de separación de poderes, principios que a su vez son garantía de imparcialidad y fundamento del ejercicio de la función pública jurisdiccional.

No obstante lo anterior, el ejercicio de la autonomía e independencia judicial no es absoluto, tiene límites, está sujeta a controles, entre ellos de manera excepcional al control disciplinario, cuando exista una abierta desviación en el ejercicio de la función pública jurisdiccional y se origine el incumplimiento de deberes o prohibiciones constitucionales y legales, es decir, cuando las decisiones judiciales se tornen excesivas, arbitrarias,

irrazonables, o abiertamente contrarias a la Ley, caso en el cual este control puede extenderse, se reitera, de manera excepcional al ámbito funcional, al contenido de las decisiones y providencias.

6.1.3 Resolución del caso en concreto.

De conformidad con los parámetros resaltados en esta providencia, resulta imprescindible examinar el contexto que rodeó la emisión de la decisión del auto interlocutorio distinguido con el No. 2485 del 26 del noviembre de 2014, a través del cual el disciplinable Oscar Enrique Aguirre Perdomo en su calidad de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia – Caquetá, le otorgó el beneficio de medida sustitutiva de prisión domiciliaria al señor Enrique Palacios Bustamante, con fundamento en el contenido normativo de los artículos artículo 38 G y 68 A del Código Penal, en aplicación del principio de favorabilidad, decisión judicial censurada como quebrantadora de la Ley.

Para una mayor ilustración se transcriben los artículos en cita del Código Penal:

“ARTÍCULO 38G. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del



artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima **o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código:** genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes,** salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado.” (Subrayado fuera de texto).



ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES. **No se concederán**; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; **la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión**; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; **delitos**



relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.” (subrayado fuera de texto).

De la lectura de las normas antes descritas, se puede claramente concluir que las dos disposiciones jurídicas, esto es, los artículos 38 G y 68 A del Código Penal, eran perfectamente aplicables por parte del disciplinable al caso para resolver la solicitud de



sustitución de la prisión intramural por la domiciliara formulada por el condenado Enrique Palacios Bustamante, puesto que ambos postulados coexisten de manera armónica en el sistema jurídico y son complementarias, igualmente su contenido normativo no resulta contradictorio, ni puede predicarse antinomia alguna en su caso debido a que en ambas normas se contempla que quienes hayan sido condenados o sentenciados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes no podrán acceder al subrogado penal de la detención domiciliaria.

Es así como ambas disposiciones jurídicas se reiteran eran aplicables al caso, sin quebrantar ningún derecho al condenado.

Las normas penales puestas de presente tampoco denotan un tránsito legislativo específico, al no presentarse una sucesión de leyes propiamente dicha, toda vez que respecto del delito TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO por el cual fue condenado el señor Enrique Palacios Bustamante, por su naturaleza y gravedad, no existe una disposición jurídica con anterioridad o norma posterior a la comisión del delito en el caso concreto examinado, que le permitiera legalmente acceder al sustituto de la prisión intramuros por la prisión domiciliaria. Adicional, el contenido normativo de los artículos 38 G y 68 A del Código Penal para nada autorizan dicho beneficio, por el contrario, exceptúan el beneficio expresamente frente a delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, de

ahí la burda hermenéutica o interpretación que realizó funcionario judicial investigado al aplicar al caso el principio de favorabilidad.

6.2 Segundo problema jurídico

¿Fue correcta la imputación subjetiva a título de dolo que hizo la primera instancia respecto de la conducta cometida por el funcionario judicial Oscar Enrique Aguirre Perdomo en su condición de Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia?

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial sostendrá la siguiente tesis: fue acertada la imputación dolosa que se hizo la primera instancia respecto del comportamiento atribuido al abogado Mario Hincapié González.

Para resolver dicha cuestión, se desarrollarán los siguientes aspectos:

- El dolo como forma de imputación subjetiva en el derecho disciplinario jurisdiccional.
- Resolución del caso en concreto.

6.2.1 El dolo como forma de imputación subjetiva en el derecho disciplinario jurisdiccional.

En materia sancionatoria, el artículo 29 constitucional señala en el marco del principio del debido proceso un régimen de “*culpa*”, al expresar que “*toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado jurídicamente culpable*”.

En materia disciplinaria, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 al abordar el tema de culpabilidad dispone que “*En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.*”

Así las cosas, al proscribirse la responsabilidad objetiva en el campo del derecho disciplinario, se tiene vedado imponer sanción por el sólo suceso del resultado o de la mera existencia de la falta, requiriéndose entonces adicionalmente constatar la finalidad culposa o dolosa del comportamiento o conducta investigada, es decir, la verificación de la responsabilidad subjetiva, que para este caso versa sobre la comisión de la falta descrita en el numeral 153 numeral 1º de la ley 270 de 1996, incursionando en la falta gravísima del artículo 48 numeral 1º de la ley 734 de 2002 y todo acorde a lo preceptuado en el artículo 196 de la ley 734 de 2002.

La imputación por culpa como modalidad de la culpabilidad en materia disciplinaria tiene lugar *“cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, por la infracción del deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haber previsto por ser previsible o habiendolo previsto confió en poder evitarla¹⁶”*; entre tanto, la imputación por dolo emerge *“cuando el sujeto disciplinable conoce de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización¹⁷”*.

“El dolo en materia disciplinaria implica que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el conocimiento del deber que sustancialmente debía observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía de este; por tanto, conocer ya involucra el querer; ya que, si tiene conocimiento y pese a esos realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado¹⁸.”

Para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, es determinante que para poder imponer un correctivo disciplinario a título de dolo se necesita la demostración de cuatro aspectos a saber:

¹⁶ Inciso primero del artículo 29 de la Ley 1952 de 2019.

¹⁷ Artículo 28 de la Ley 1952 de 2019.

¹⁸ Citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau en Dogmática del Derecho Disciplinario. Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017. Pag.559

- Conocimiento de los hechos, en donde el sujeto deberá estar exento de un error de hecho.

- Voluntad, en el que tendrá que demostrarse que el autor quiso adoptar determinada forma de conducta. En el caso de la omisión —que es el aspecto más problemático—, deberá tomarse como criterio que bien el sujeto no quiso ejercer determinada conducta a la que estaba obligado o en el que se demuestre que era tan relevante el aspecto cognoscitivo que descarte alguna duda de que se está ante un actuar doloso.

- Conciencia de la ilicitud: bien como aspecto del dolo (primera teoría) o bien como aspecto de la culpabilidad (segunda teoría), cuyo elemento es absolutamente indispensable para poder formular un reproche completo.

- Exigibilidad de otra conducta, aspecto necesario para arribar a la conclusión de que el sujeto tenía una alternativa distinta para no haber afectado su deber ético y funcional, constándose además la no presencia de alguna causal de exclusión de responsabilidad.

Los anteriores aspectos deberán ser tenidos en cuenta cuando se trate de imputaciones a título de dolo, sin perjuicio de que las diferentes posturas doctrinales puedan ser relevantes en otros casos para resolver temas puntuales y dogmáticos como cuestiones de tipicidad o atipicidad de la conducta o el manejo del error como causal de exclusión de responsabilidad.

6.2.2 Resolución del caso en concreto

El único aspecto ofrecido por el funcionario apelante en cuanto a la forma de imputación subjetiva es que no hubo dolo en su actuar, sin señalar algún tipo de consideración al respecto.

Frente a lo anterior, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial considera que dicho argumento no puede ser de recibo, por cuanto la imputación del deber ético y funcional consistió en haber contrariado manifiestamente la ley penal al conceder un beneficio a quien por ley no le era viable otorgársele.

En esa imputación formulada por la primera instancia quedaron evidenciados los cuatro elementos necesarios para la imputación dolosa, como pasa a exponerse:

- Conocimiento de los hechos: de acuerdo a los medios de convicción obrantes en la actuación disciplinaria, el investigado sabía de la condición de condenado señor Enrique Palacios Bustamante por un delito de tráfico de estupefacientes; y por ende por su formación y experiencia profesional le era dable percibir el ejercicio irregular de su deber funcional en la dimensión normativa y fáctica, sin embargo, optó por el otorgamiento desviado del beneficio de la prisión domiciliaria como medida sustitutiva de la intramuros, es decir, tuvo el conocimiento situacional de que su conducta era apta para infringir el deber de acatar la Ley.
- Voluntad: el servidor público judicial investigado Oscar Enrique Aguirre Perdomo quiso desplegar esa conducta, pues incluso invocó una interpretación basada en el principio de favorabilidad a un caso para el cual no era viable jurídicamente, desconociendo de manera flagrante las normas que para el momento de la emisión del auto, señalaban de manera clara y unívoca cuál era alcance de los requisitos y excepciones para la procedencia de la prisión domiciliaria, infiriéndose su marcado interés de beneficiar al condenado Enrique Palacios Bustamante.

- Conciencia de la ilicitud: un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con más de 4 años de ejercicio en el cargo como el disciplinable, debe tener claro la naturaleza, el alcance y el impacto jurídico y social, con el otorgamiento del subrogado penal de prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramuros, a un condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

- Exigibilidad de otra conducta: el disciplinable tenía con la sola lectura desprevenida de las normas que invocó al resolver el caso, tenía la opción jurídica clara de negar la solicitud de prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramuros al condenado Enrique Palacios Bustamante, por ser contraria a la Ley.

Por las anteriores razones, la apelación por el aspecto relacionado con el dolo no puede ser de recibo.

6.3 Conclusión

Resueltos los dos problemas jurídicos, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial **confirma** la sentencia de primera instancia del

11 de abril de 2019, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Seccional de Caquetá, mediante la cual declaró responsable al funcionario Oscar Enrique Aguirre Perdomo y por la que le impuso una sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Caquetá, mediante la cual declaró responsable disciplinariamente al funcionario Oscar Enrique Aguirre Perdomo en su calidad de Juez de Penas y Medidas de Seguridad de Florencia – Caquetá y como consecuencia le impuso sanción de **destitución** e inhabilidad general por el término de diez (10) años, por la incursión en la falta disciplinaria prevista en el artículo 153

numeral 1º de la Ley 270 de 1996, en concordancia con lo tipificado en los artículos 38 G y 68 A del Código Penal, e incursión en falta gravísima acorde con el artículo 48 numeral 1º de la Ley 734 de 2002 en armonía con el artículo 413 del Código Penal; falta atribuida a título de dolo, y acorde a lo preceptuado en el artículo 196 de la Ley 734 de 2002, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ANOTAR la sanción en la Hoja de vida del disciplinado, para cuyo efecto se comunicará lo aquí resuelto a la Oficina encargada de dicho Registro de la Dirección Ejecutiva del Caquetá o la dependencia que haga sus veces, enviándole copia de esta sentencia con constancia de su ejecutoria, momento a partir del cual, empezará a regir la sanción impuesta.

TERCERO: Líbrense las comunicaciones a que hace referencia el artículo 220 de la Ley 734 de 2002 y ejecútese la sanción en la forma prevista en el artículo 221 *ibídem*.

CUARTO: Efectuar las notificaciones judiciales y comunicaciones a que haya lugar, utilizando para el efecto los correos electrónicos de los sujetos procesales e intervinientes, incluyendo en el acto de notificación copia integral de la providencia notificada, en

formato PDF no modificable. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación, cuando el iniciador recepcione acuso de recibo, en este caso se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos y del respectivo acuse de recibo certificado por el servidor de la Secretaría Judicial.

QUINTO: Una vez realizada la notificación y efectuados los registros en las bases de datos de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, remítase la actuación al Despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
Presidente

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ
Magistrada

MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS
Magistrada

Republica de Colombia
Rama Judicial



Comisión Nacional de Disciplina Judicial
SECRETARIA JUDICIAL

ALFONSO CAJIAO CABRERA
Magistrado

JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA
Magistrado

CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ
Magistrado

MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO
Magistrado

YIRA LUCIA OLARTE ÁVILA
Secretaria