



COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL

Magistrada ponente:
DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ

Disciplinable: ROGER EMILIO HERNANDEZ SIERRA – JUEZ 2º
BACRIM DE SINCELEJO

Informante: DIRECCIÓN SECCIONAL DE FISCALIAS DE SUCRE

Radicación: 70001-11-02-000-2016-00159-03
70001-11-02-000-2016-00159-02

Decisión: DECLARA BIEN DENEGADO RECURSO
DE APELACIÓN Y CONFIRMA SENTENCIA

Bogotá D.C., 3 de octubre de 2022
Aprobado según Acta de Comisión No. 76

1. ASUNTO

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en ejercicio de la competencia asignada en el artículo 257A de la Constitución Política de Colombia, procede a resolver el recurso de queja interpuesto ante la no concesión del recurso de apelación por la negativa del decreto y práctica de una prueba solicitada en audiencia del 10 de septiembre del 2020 y la alzada radicada por el apoderado del disciplinado en contra de la providencia del 23 de abril de 2021, proferida por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Sucre¹, por medio de la cual se decidió sancionar a ROGERS EMILIO HERNÁNDEZ SIERRA en su calidad de Juez 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para la época de los hechos, con sanción de 2 meses de salarios devengados para el 2016, por haberse encontrado responsable disciplinariamente, y haber cometido falta en los términos del artículo 196 de la ley 734 de 2002, al haber vulnerado el deber funcional consagrado en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, por el incumplimiento al

¹ Sala dual de decisión. Magistrado instructor: Emiro Eslava Mojica, Mauricio Andrés Coronel Sossa.



ordenar en audiencia del 04 de marzo de 2016 la entrega de un dinero desconociendo que se encontraba afectado de medida cautelar de “incautación” bajo los términos del artículo 83 de la ley 906 de 2004; por haber dado al derecho de propiedad la condición de fundamental de manera general y abstracta en contra de lo reglado en la sentencia C-591-14, y por haber ordenado la entrega del dinero antes del término que establece el artículo 88 del C.P.P, falta calificada como Grave Dolosa.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Esta actuación disciplinaria se originó en el informe que remitió la Dirección Seccional de Fiscalías de Sucre, donde se divulgó en el medio de comunicación el día 9 de marzo de 2016 en el Heraldo de Sucre, la denuncia sobre la presunta existencia de un cartel de fiscales; referente al caso con SPOA No. 700016001034201502846 donde el indiciado era el señor Jahir Fernando Acuña Cardales, denunciándose en concreto que:

“En desarrollo de la audiencia en la que el Juzgado Segundo Penal Ambulante de Sincelejo con funciones de control de garantías ordenó la entrega de los 487 millones 421 mil pesos al excongresista Yahir Acuña, los cuales le habían sido incautados desde el 23 de octubre de 2015, la fiscal Séptima de la Dirección Nacional Antinarcóticos y Lavado de Activos reveló detalles de una denuncia que sobre algunos fiscales de Sucre son llevadas desde el nivel central por presuntos actos de corrupción.

Según la Fiscal, a su despacho el pasado 22 de febrero la Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia remitió copia de una denuncia anónima que da cuenta de "graves irregularidades que se están presentando en la Fiscalía General de la Nación seccional Sucre donde varios fiscales han conformado una empresa criminal que se dedica a extorsionar a funcionarios públicos implicados en actos de corrupción.

El anónimo relaciona, según la Fiscal varias actuaciones realizadas y entre esas hacen alusión a Yahir Acuña, quien haría parte del grupo de funcionarios denominados como 'Los Intocables'. La denuncia anónima llega a esa fiscalía

*en Bogotá 17 días después de que el nivel central del ente investigador dispusiera en la Resolución 231 el traslado del proceso por lavado de activos que le siguen a Acuña y a su esposa Milene Jarava desde la Fiscalía Cuarta Especializada de Sincelejo a la Séptima de la Dirección Nacional Antinarcóticos y Lavado de Activos."*²

3. ANTECEDENTES PROCESALES

A través de auto del 31 de mayo de 2016, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, ordenó iniciar **indagación preliminar** contra el fiscal 4^o especializado de Sincelejo por las presuntas irregularidades dentro del proceso Rad. 2015-02846³; quien rindió su versión libre⁴, mediante auto del 6 de febrero de 2017⁵, se ordenó vincular a la indagación preliminar a Luz Marina Tapia en calidad de fiscal 7^a de la dirección nacional de antinarcóticos y lavados de activos de la Fiscalía General de la Nación, y al Juez 2^o penal ambulante de Sincelejo con funciones de control de garantías, por haber sido los funcionarios que intervinieron en la audiencia del 04 de marzo de 2016, donde se ordenó la entrega del dinero incautado al señor Jahir Acuña Cardales en el mes de octubre de 2015, suma que ascendía a los \$487.421.000.

Pruebas: i) Se ofició para las certificaciones de nombramiento y posesión de y antecedentes de los vinculados, se citaron para que rindieran las versiones libres, Se tuvieron como pruebas las documentales allegadas al expediente, ii) Se solicitó copia de la audiencia del 4 de marzo de 2016, donde se ordenó la entrega del dinero incautado por el Juzgado 2^o Penal Ambulante de Sincelejo; iii) Se citó a la Juez y se le indicó sus derechos conforme artículo 155 concordante con el 101 de la ley 734 de 2002.

² Archivo 002 queja, carpeta de primera instancia, expediente digital.

³ Archivo 006, carpeta de primera instancia, expediente digital.

⁴ Archivo 009, carpeta de primera instancia, expediente digital.

⁵ Archivo 018, carpeta de primera instancia, expediente digital.



F 5707

El 30 de marzo de 2017⁶ es rendida la versión libre por Roger Emilio Hernández Sierra en desarrollo de sus funciones como Juez 2º Penal Ambulante de Sincelejo.

Puesto en conocimiento de los hechos del informe y bajo las advertencias del artículo 442 del C.P.P, expuso que en ese despacho el 4 de marzo de 2016, por solicitud del apoderado defensor del señor Jahir Acuña, se pidió como objeto de la diligencia hacer la devolución de unos bienes que fueron incautados el 23 de octubre de 2015, en el que se hizo referencia a una suma de dinero superior a los \$400.000.000.

Adicionó que, bajo el ejercicio de sus funciones como juez de control de garantías, en las consideraciones de la defensa que se habían presentado no existían o habían desaparecido las circunstancias legales y materiales que originaron la incautación por parte de la policía nacional, utilizando como elementos materiales, contratos de compraventa, movimientos bancarios, declaraciones de personas que intervinieron en el origen y destinación de la cifra incautada, sustentando la defensa en su momento que en el marco legal no existía prohibición en el entendido de transportar sumas de dinero, de esa cantidad, salvo ciertas situaciones que requieren declaración como puertos y aeropuertos, adicionando que la fiscalía no señaló la ocurrencia de un ilícito o al menos una ilegalidad que derivara esa incautación. Exponiéndose, como mecanismo preventivo temas electorales que se avecinaban, y que habiéndose superado el debate electoral meses atrás no existía razón para la continuación con fines de comiso.

También indicó que, la fiscalía aportó como sustento y oponiéndose a la entrega de esos dineros que, la vida financiera y tributaria del señor Acuña y su señora se originaban o sustentaban de fuentes ilícitas o ilegales; a su vez, el delegado del ministerio público expuso que no estaban al menos sumariamente establecidas las condiciones de ilicitud del dinero y su origen, por tanto, aquel accedió a la solicitud de devolución.

⁴ Archivo 025, carpeta de primera instancia, expediente digital.

Bajo esas consideraciones, al momento de tomar la decisión hizo el análisis de los argumentos planteados resaltando que, esos dineros gozaban de legalidad y la demostración de la fiscalía no se estableció en lo mínimo respecto de la ilicitud, cuestionando por qué el ente acusador no había empleado en virtud de esa investigación el uso de medidas cautelares, no siendo fuente los asuntos electorales sino temas de enriquecimiento ilícito y extinción de dominio que era lo que dejaba entrever la exposición de la fiscalía. Por tanto, su determinación fue la devolución de los bienes incautados decisión que apeló la fiscalía, y que desatado el recurso ante el juez 4º penal del circuito, autoridad que revocó la decisión.

Anotó que esa convicción que el dinero no era ilícito, más los otros elementos materiales como contratos y anexos a esos negocios, que no fueron descalificados por la fiscalía, motivó la decisión de devolver los dineros.

Finalizó diciendo, no se señaló un posible yerro o falencia en lo que podría determinarse como un incumplimiento a sus deberes funcionales.

El **5 de octubre de 2017**⁷, se archivaron las actuaciones a favor de los delegados fiscales, y se decidió la apertura formal de investigación en contra del disciplinado Hernández Sierra.

El 14 de junio de 2018⁸, se declaró cerrada la investigación en los términos del artículo 160 de la ley 734 de 2002.

El 23 de agosto de 2018⁹, se formulan pliego de cargos, en los siguientes términos:

Se planteó que el disciplinable vulneró sus deberes funcionales, ya que desconoció que el dinero afectado con medida material de incautación con fines de comiso, en la audiencia del 4 de marzo de 2016, se ordenó su entrega

⁷ Archivo 045, carpeta de primera instancia, expediente digital.

⁸ Archivo 053, carpeta de primera instancia, expediente digital.

⁹ Archivo 059, carpeta de primera instancia, expediente digital.



F 5707

y no se encontraba vencido el término de seis (6) meses con que contaba el ente investigador para ordenar la devolución de los mismos, en contra de lo establecido por la Corte Constitucional, determinó que la propiedad tenía condición de derecho fundamental.

Que, en audiencia de legalización de control posterior a la incautación con fines de comiso realizada ante el Juez 1º Penal Municipal de Control de Garantías el 24 de octubre de 2015, aquel, le impartió legalidad al procedimiento mediante el cual al señor Jahir Fernando Acuña Cardales se le incautó la suma de \$482.231.000 donde en la misma diligencia se le negó la petición de entrega solicitada por la defensa técnica.

Sin embargo, en audiencia del 4 de marzo de 2016, el disciplinable ordenó la devolución del dinero argumentado que el dinero incautado no había sido objeto de comiso por parte de la fiscalía; contra esa decisión la fiscal del caso interpuso recursos argumentando lo establecido en la sentencia C-591 de 2014, no era procedente ordenar la entrega del dinero con fundamento que en el proceso no se había materializado el comiso de bienes, porque ese sería el resultado final en la medida que el dinero se encontraba afectado con medida material con fines de comiso como era la incautación debidamente legalizada y que en grado de probabilidad la investigación determinaba que se podía estar frente a un enriquecimiento ilícito.

El juzgado 3º penal del circuito resolvió mediante auto del 1 de abril de 2016, revocar la decisión que tomó el disciplinable, bajo los argumentos que era un dislate que la instancia hubiese entregado los dineros que se encontraban afectados con medida material de incautación con fines de comiso, que la misma decisión se produjo sin tener en cuenta el término establecido en el artículo 88 de la ley 906 de 2004, que no se había vencido, y además, sin considerar que el derecho a la propiedad no adquiere la condición fundamental en todos los eventos.

Por tanto, concluyó la Seccional que el funcionario vulneró los deberes contenidos en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, los artículos 83 y 88 de la ley 906 de 2004, y el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-591 de 2014, donde se hace la precisión que el derecho fundamental a la propiedad no es un criterio que afecte la intervención del juez del control de garantías; falta que fue calificada como grave a título de dolo.

En ese sentido, se consideró que el disciplinable al tomar la decisión realizó una aplicación errónea del ordenamiento jurídico y advertido por la fiscalía en lugar de corregir la decisión bajo el precedente jurisprudencial, persistió en la entrega, materializando una interpretación contraria al ordenamiento jurídico, al concluir sin prueba alguna que el derecho a la propiedad tenía condición de fundamental, sin tener en cuenta que la ley le concede al fiscal un término de seis (6) meses y cuando se ordenó tan solo habían pasado 4 meses y medio, tiempo que el legislador le concede al fiscal para realizar la devolución de los bienes incautados con fines de comiso y realizar la correspondiente investigación.

El disciplinable presentó sus descargos¹⁰ arguyendo lo siguiente:

1. Inexistencia de norma positiva que autorizara, permitiera y sustentara la incautación, comiso y/o medida cautelar respecto de la suma retenida al señor ACUÑA CARDALES.
2. Inexistencia de prohibición legal para la entrega de lo incautado por medida previa dictada por parte del juez de control de garantías. No jerarquía, no permanencia de la decisión. Inexistencia de revisión de la decisión.
3. Desconocimiento de la supremacía constitucional al desconocer la propiedad privada. Existencia de prevalencia de la norma constitucional.

¹⁰ Archivo 061, carpeta de primera instancia, expediente digital.

4. Inexistencia judicial, legal y formal de la decisión acusada de trasgresora del bien jurídico tutelado por revocatoria de la misma en segunda instancia. Inexistencia material de la entrega del dinero.

5. Remisión de las diligencias a jurisdicción especial de extinción de dominio. Inexistencia de imputación respecto de punible o delito alguno por parte del señor ACUÑA a la fecha. Inexistencia de resolución de comiso definitivo en sede de extinción de dominio como indicador de ilicitud.

Actos procesales seguidos, se presentó solicitud de nulidad y se decretó la misma por falta de notificación de auto del 7 de febrero de 2019.¹¹

Se tuvieron como pruebas las obrantes al plenario, las testimoniales solicitadas por el disciplinado, por decisión de segunda instancia del 31 de enero de 2020, se ordenó solicitar al juzgado 2º penal municipal las actuaciones penales surtidas desde el 1º de abril de 2016 en el proceso con rad. 2015-02846, se recibieron los testimonios del Fiscal Tomas Mier, del Procurador Roger Zabala, de la señora fiscal Dunia Herrera y Luz Mila Santis¹².

Se presentó recurso de queja¹³ que para la fecha de la decisión se encontraba en trámite, conforme se dejó en referencia en sentencia de instancia.

Mediante auto del 9 de noviembre de 2020¹⁴, se procedió conforme el artículo 169 de la ley 734 de 2002 y artículo 55 de la ley 1474 de 2011, para alegar de conclusión.

El delegado del Ministerio Público¹⁵ solicitó expedir fallo sancionatorio. La defensa técnica presentó alegatos¹⁶ de conclusión en los siguientes términos:

¹¹ Archivos 070, 073, carpeta de primera instancia, expediente digital.

¹² Archivos 077,080,083,086,087,088, 091,094, 098,101,103,107,108,113,122,127,128, 131, 134, 136, 137 carpeta de primera instancia, expediente digital.

¹³ Archivo 131, carpeta de primera instancia, expediente digital.

¹⁴ Archivo 140, carpeta de primera instancia, expediente digital.

¹⁵ Archivos 142,143, 153 carpeta de primera instancia, expediente digital.

¹⁶ Archivo 154 carpeta de primera instancia, expediente digital.

*“Resulta paradójico que se utilice como sustento medular la sentencia C 591 de 2014 para justificar el cargo; esta sentencia decanta claramente la necesidad de acudir a control de garantías que es de base constitucional y retira ese término de 6 meses al acusador. El único evento que no permitiría acudir a solicitar la entrega de un bien incautado es el comiso definitivo, solo eso le retira las facultades al afectado con las medidas. Esto se denota con el estudio integral de la sentencia antes señalada y no sesgarla y citar solo las consideraciones contrarias antes de conceder la inconstitucionalidad.
(...)*

Condiciones de la norma: antes de formularse acusación: nunca se genera al menos una imputación a quien se le incauta, se archiva incluso tal como lo conoce la judicatura. Antes de seis meses: ese término no habla transcurrido cuando se celebra la audiencia. Se le devuelve a quien se le incauta con decisión razonada y motivada tan acertada que es calcada en auto de archivo del acusador que jamás ha generado al menos una simple imputación.

La judicatura genera cargo con fundamento en una sentencia que dice lo contrario a su conclusión, lo cual genera naturalmente una inexistencia del mismo. Los testimonios no denotan falta de argumentación y algunos quedaron inconclusos y pendientes de decisión y aun así se produce el presente alegato.

En razón a lo planteado en este alegato, solicitó la absolución y falta de demostración del cargo, con la exoneración de responsabilidad del disciplinado como consecuencia natural y lógica.

Igualmente, sea la oportunidad para recordarle al despacho que durante la práctica de testimonios se interpuso recurso de queja el cual en audiencia fue concedido y hasta tanto no se resuelva por el superior, este proceso no puede fallarse, so pena de nulidad. Es más, estos alegatos no debieran adelantarse. Súmese a lo anterior que no hay apreciación frente a la prueba allegada por

la Fiscalía 38 de Bogotá, toda vez que el despacho no me corrió traslado de dicha prueba.”

4. DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

El 23 de abril de 2021, la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Sucre¹⁷, profirió sentencia por medio de la cual decidió sancionar a ROGERS EMILIO HERNÁNDEZ SIERRA en su calidad de Juez 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para la época de los hechos, con sanción de 2 meses de salarios devengados para el 2016, por habersele encontrado responsable disciplinariamente y haber cometido falta en los términos del artículo 196 de la ley 734 de 2002, al haber vulnerado el deber funcional consagrado en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, por el incumplimiento al ordenar en audiencia del 04 de marzo de 2016 la entrega de un dinero desconociendo que se encontraba afectado de medida cautelar de “incautación” bajo los términos del artículo 83 de la ley 906 de 2004; por haber dado al derecho de propiedad la condición de fundamental de manera general y abstracta en contra de lo reglado en la sentencia C-591-14, y por haber ordenado la entrega del dinero antes del término que establece el artículo 88 del C.P.P, falta calificada como Grave Dolosa.

Planteó la instancia la tesis que la decisión tomada por el disciplinable en audiencia del 4 de marzo de 2016, incurrió en una vulneración de sus deberes funcionales, desconociendo y estando afectado el dinero incautado con medida material, ante la petición de la fiscalía de estar realizando diligencias dentro del término de 6 meses conferidos por la ley a efectos de establecer el origen mediato de los recursos, el encartado, no podía ordenar la devolución del bien porque a la fecha de la audiencia no había fenecido el término de 6 meses consagrado en el artículo 88 del C.P.P.

¹⁷ Sala dual de decisión. Magistrado instructor: Emiro Eslava Mojica, Mauricio Andrés Coronel Sossa.

F 5707

Se encontró probado en el proceso, que el día 23 de octubre de 2015, al ciudadano Jahir Fernando Acuña Cardales la policía nacional le decomisó la suma de \$487.421.000; que en audiencia posterior ante juez de control de garantías del 24 de octubre de la misma anualidad el juzgado 1º penal legalizó el decomiso del dinero y formalmente decretó su incautación.

De igual forma, en la audiencia del 4 de marzo de 2016, la defensa técnica del afectado con la incautación presentó soportes documentales de instrumentos públicos y transacciones que daban cuenta de negocios inmobiliarios de dónde se habría obtenido el dinero incautado, y considerando que el no hacer la devolución se le estaría afectando su derecho fundamental a la propiedad. En la misma audiencia, el investigado desconoció que el dinero estaba afectado por la medida cautelar material de incautación.

Se tuvo probado que, el disciplinado desconoció que la fiscalía general de la nación contaba con plazo hasta el 23 de abril de 2016 para hacer indagaciones sobre el origen del dinero incautado. Decisión de entrega que, fue revocada en segunda instancia, al considerar el Ad quem que la primera instancia había incurrido en un dislate al establecer que la devolución era posible porque no se había materializado el comiso, aunado al hecho que no se había vencido el término de 6 meses del artículo 88 de la ley 906 de 2004.

Dicha conducta, vulneró las normas del numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, los artículos 83 y 88 de la ley 906 de 2004, al igual que, desconoció el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-591 de 2014 respecto de la decisión de devolución de bienes incautados u ocupados que comporta una potestad jurisdiccional.

Asimismo, la motivación del disciplinable para haber ordenado la entrega de los dineros obedeció en su criterio a que en la actuación procesal no había comiso y que el señor fiscal no la había solicitado, siendo esto, razón suficiente del investigado para acceder a la solicitud, basándose en la presentación de unos documentos de instrumentos públicos que podía

F 5707

establecer cuál era el origen de los recursos sujetos de medida. Postura que, apeló la delegada fiscal argumentando en ese momento procesal no era posible exigir la materialización del comiso, porque se encontraban en proceso de concretar la incautación, bajo un estudio de los investigadores que daban cuenta que para el año 2014 y 2015, los presuntos titulares del dominio del dinero incautado no tenían esa capacidad adquisitiva, por lo que se debía establecer no solo el origen mediato e inmediatos, a lo cual, el ente investigador solicitaría apertura de proceso por lavado de activos o enriquecimiento ilícito.

Por tanto, no hay duda que la fiscalía tenía facultad expresa por el legislador conforme al artículo 88 de la ley 906 de 2004, para acudir ante juez de control de garantías y solicitar la autorización de devolución del dinero que se podía dar hasta el día 24 de abril de 2016, cuando se vencían los 6 meses, por tanto, se vulneró el deber de aplicar la ley al desconocer el plazo expresamente consignado, contenido normativo que ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-591-14 salvo la parte inconstitucional que facultaba al fiscal para realizar la entrega sin intervención del juez.

Respecto del argumento de la defensa técnica en cuanto no se ha tenido un sustento fáctico, probatorio y legal más la contenida en la sentencia C-591 de 2014, se manifestó por la instancia que no hay sesgo, toda vez que, la falta se consumó porque el juez de manera errónea, aseguró que la no entrega hubiese procedido si estuviese decretado el comiso, desconociendo lo expuesto por la defensa que comiso no había pero existía medida material de incautación, y que *“la entrega deber ser autorizada por control de garantías. La propiedad solo es fundamental en excepcionales circunstancias. La petición la puede realizar el defensor cuando no lo hace la fiscalía. La fiscalía cuenta con un mínimo de 6 meses para hacer la petición al juez. Si vencido el término no lo hace lo puede hacer el defensor o el titular del derecho de dominio”*.

F 5707

En ese orden, los cargos imputados se realizaron porque el juez erradamente asumió que la única forma de no acceder a la devolución era si se tuviese materializado el comiso, cuando lo que determina la norma es que la cautela material de incautación es previa a materializar el comiso. Además, la fiscalía al haberse opuesto, argumentó que se estaba en diligencias ante un presunto de lavado de activos o enriquecimiento ilícito para iniciar proceso, donde se materializaría el comiso con evidencia de la incapacidad económica que tenían los implicados.

Por tanto, la fiscalía contaba con un término de 1 mes y 20 días para realizar labores de inteligencia y establecer el origen mediato de los recursos, y con base en esos resultados, acudir al juez para que autorizara la entrega o para que iniciara proceso donde se concretaría el comiso. Al no conferírsele ningún valor a los argumentos expuestos por la fiscalía, el disciplinado desconoció e ignoró de manera deliberada el término establecido por el legislador en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal de 6 meses que le da al instructor, reiterando, para que se indague si es posible materializar el comiso.

Expuso la instancia que: “cuando se incauta un bien queda en poder de la fiscalía, entidad que, como titular de la acción penal, a partir de ese momento cuenta con el término de 6 meses para la realización de labores de inteligencia para determinar el origen de los recursos. Vencido el plazo si no recaudó elementos para materializar el comiso tiene que acudir al juez de garantías para que en audiencia se autorice la entrega. Lo puede hacer antes porque la norma no lo prohíbe, tampoco se lo impide al interesado.

Reitera, en el caso objeto de estudio al señor juez no se le imputó el cargo de manera simple y llana por haber ordenado la entrega del dinero antes de los 6 meses. Sino por haber desconocido que el investigador estaba facultado por la ley para hacer uso del término de 6 meses en labores de inteligencia para determinar el origen de los recursos. Desde luego que si la fiscalía en la audiencia del 4 de marzo de 2016 no se opone a la entrega con el argumento

F 5707

razonable que la investigación en ese momento le permitía establecer que para los años 2014 y 2015 los implicados no tenían capacidad económica para hacer transacciones inmobiliarias en las cantidades registradas, ningún reproche disciplinario se le podía hacer al señor juez investigado.”

Por ende, lo que se censuró es haber ordenado la entrega del dinero desconociendo la medida cautelar material de incautación y exigiendo comiso sin esperar a que el fiscal agotara el término de 6 meses que le concedía la ley al darle categoría de derecho fundamental a la propiedad sin prueba que así lo demostrara.

Ante la advertencia de nulidad esbozada en los alegatos de conclusión, respecto de un recurso de queja que se interpuso en una de las audiencias de práctica de testimonios, y que fuera concedido, que hasta tanto no se fallara por el superior, los alegatos no podían adelantarse; indicó la seccional que, ante la petición probatoria referente a que se solicitara a la dirección seccional de fiscalía de Sucre las actas de los comités técnicos para interrogar a los fiscales, dicha solicitud siendo negada, entre otras, porque la oportunidad que tuvo la defensa técnica para solicitar pruebas lo era en el momento de presentar descargos, ante eso, se interpuso apelación que fue negada porque la norma refiere a la procedencia del mismo respecto de pruebas oportunamente solicitadas y no las pedidas fuera de términos, decisión recurrida en queja y pendiente del resuelve por la superioridad; por tanto, el defensor al no mencionar ni referir cuál norma del ordenamiento jurídico consagra que hasta tanto el superior no resuelva la queja en el proceso no se pueda fallar, la misma no da razón a la defensa del disciplinable ya que los artículos 117 y 118 de la ley 734 de 2002, no establece que el recurso de queja se conceda en el efecto suspensivo, los únicos bajo ese efecto es el de apelación contra la decisión de archivo, del fallo de primera instancia y contra la que niega totalmente la práctica de pruebas.

En consideración al punto anterior, al no regularse en la ley 734 de 2002 un trámite cuando se está pendiente la resolución de recursos por parte del

superior, se debe realizar la remisión normativa al artículo 323 de la ley 1564 de 2012, en el inciso 10 numeral tercero, concluyendo que, no se genera ninguna nulidad al proferirse la decisión de primera instancia, ya que la única circunstancia generadora de nulidad se materializaría si en el ordenamiento jurídico hubiese establecido que el recurso de queja suspendía la actuación del proceso.

Adicional el artículo 330 del C.G.P. permite proferir sentencia cuando no se ha resuelto la apelación contra auto que negaba la práctica de prueba, que en el presente caso, al ser recurso de queja contra la decisión de no conceder la apelación contra auto que negó el decreto de una prueba solicitada de manera extemporánea, la norma en cita, establece el procedimiento a seguir en caso de acceder al decreto, por tanto, no es causal de nulidad en los términos expuestos por la defensa del disciplinable.

Ahora bien, respecto a los argumentos de la defensa donde asumió de manera hipotética que el comité técnico de la fiscalía, concluyó que era procedente acceder a la entrega del dinero, esta consideración no obliga al fiscal a cargo de la investigación y además a modificar el ordenamiento jurídico. Tal situación no tiene la entidad para endilgarle responsabilidad disciplinaria al juez ni siquiera en el evento que hubiese conocido con anterioridad las decisiones del comité técnico.

Así las cosas, el disciplinable al haber realizado una interpretación contraria al ordenamiento jurídico en lo correspondiente a los artículos 83 y 88 del C.P.P. decidió, además, desconocer lo dicho en sentencia C-591 de 2014 consumando la falta que permite calificarla como grave; la persistencia en desconocer el ordenamiento jurídico le permitió concluir a la sala de decisión que la misma se consumó de manera deliberada, por tanto, se estructuró a título de dolo.

Finalmente, en cuanto a la estructuración de la sanción y bajo los criterios del artículo 47 de la ley 734 de 2002, se generó la incursión de la falta por parte



F 5707

del funcionario judicial de conformidad con el artículo 196 Eiusdem por vulnerar el deber establecido en el numeral 1º del artículo 153 e la ley 270 de 1996, y por el incumplimiento de lo reglado en los artículos 83 y 88 de la ley 906 de 2004, falta grave a título de dolo; que teniendo en cuenta no se ha sancionado anteriormente al disciplinable, el dinero no salió del dominio de la fiscalía, fue procedente imponer la sanción de dos (2) meses de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término, sanción convertida en salarios en ocasión en la desvinculación del funcionario del servicio.

5. NULIDAD ALEGADA POR LA DEFENSA

5.1. La defensa técnica del disciplinable planteó existencia de nulidad en el trámite bajo lo que denominó “*omisión de traslado de la prueba allegada por la fiscalía general de la nación, y la obstrucción a la terminación de la práctica de testimonios con base en esas pruebas documental*”, basado en las causales 2 y 3 del artículo 143 de la ley 734 de 2002; que concreta en los siguientes términos:

“Como parte de medio de defensa, se solicitó y fue ordenado por parte del despacho sancionador, los testimonios de las doctoras DUNIA HERRERA y LUZ MILA SANTIS, las cuales debieron rendir testimonios después de allegados los documentos del proceso 700016001034201502846, 1100160990682201613627.

Una vez se dio inicio la recepción del testimonio de las doctoras DUNIA HERRERA y LUZ MILA SANTIS, fueron suspendidos por no haber llegado los documentos correspondientes al expediente 700016001034201502846 y/o 1100160990682201613627, que debían venir acompañados con los correspondientes informes de comité técnico jurídico (que sea dicho de antemano, nunca llegaron).

En el trascurso de la diligencia se procedió a presentar y sustentar el recurso de queja por cuanto el despacho procedía a negar la continuidad de la práctica de los testimonios.

A pesar de haber sido concedido el recurso de queja, nunca el despacho lo desató.

La Fiscalía 38, allegó los documentos requeridos para continuar con los testimonios de 700016001034201502846 y/o 1100160990682201613627, quedando pendiente las actas de los comités técnicos jurídicos donde participaron las doctoras DUNIA HERRERA Y LUZ MILA SANTIS.

Una vez llegado el expediente por parte de la Fiscalía 38, secretaria de sala le informó al despacho para los fines pertinentes, estando a fecha 26 de enero de 2021 (Folio 444) el despacho sancionador, no dio traslado de la prueba allegada para, que la defensa ejerciera el test de admisibilidad de estas además de continuar con los testimonios.”

5.2. Como segundo punto de nulidad planteada, se estableció bajo la causal 3ª del artículo 143 del C.D.U, en lo que denominó “*indebida integración normativa*”, exponiendo los siguientes argumentos:

“Dentro de las normas procesales penales vigentes, (Art. 195, 411 y S.S. de ley 600 de 2000) o (Art. 179B y S.S. de la Ley 906 de 2004), enseñan como se desata el recurso de queja, que dista complemente de lo sostenido por el Magistrado para justificar la sentencia hoy recurrida que dista completamente de lo consagrado en el Código General del Proceso.

Así las cosas, se tiene la indebida aplicación de la remisión normativa para funcionarios de la rama judicial, efectuada por el ad quo.

Además, se tiene claro que la sentencia no podía emitirse sin que se hubiese efectuado la práctica total de la prueba que no se realizó por actuación del despacho.

(...)

Ningún remedio procesal distinto a la declaratoria de la nulidad puede sanear la irregularidad porque una sentencia en debida forma requiere marco legal adecuado, lícito, razonado y preexistente. (...)”

6. RECURSO DE APELACIÓN

El disciplinado interpuso recurso de apelación por medio de su abogado en contra de la decisión del 23 de abril de 2021, argumentando lo siguiente:

Se planteó como primer punto la “inexistencia de ilicitud sustancial”, bajo el entendido que la discusión se debe dar si sobre los 6 meses de los que habla el artículo 88 de la ley 906 de 2004, es el término mínimo que debe soportar el afectado por la retención de bienes mientras la fiscalía investiga, situación que bajo la exégesis de la norma es el término que no se puede superar; por tanto, la solicitud de devolución debe ser presentada en término que no supere los 6 meses por cualquiera que tenga derecho a recibirlos, desde el momento en que son retenidos los recursos para solicitarlos.

Que, bajo esa interpretación la falta será antijurídica cuando afecta el deber funcional, la fiscalía no tiene 6 meses de permiso investigativo en ninguna parte, no veda en ningún momento el solicitar la devolución a quien tenga interés y demuestre la legitimidad, por ende, no existe un término mínimo otorgado a una de las partes, no existiendo trasgresión o acto violatorio de la norma.

Asimismo, expuso como segundo punto la “falsa motivación en la interpretación probatoria”, donde el disciplinado en la audiencia del 4 de marzo de 2016, hizo referencia a todos y cada uno de los elementos materiales entregados que demostraron los derechos para acceder a la solicitud de devolución de los dineros retenidos por la fiscalía; no habiéndose

F 5707

realizado un adecuado análisis por el *a quo* frente a la actuación del encartado en la audiencia, donde el mismo ministerio público, apoyó la solicitud de entrega de los bienes, testimonio que se rindió en el presente proceso y fue interpretada de manera contraria.

Adicionó que, la sentencia debió ser congruente pues no incorporó las pruebas detalladas y analizadas, en este punto, sobre la intervención del juez en la audiencia, lo cual demuestra una vía de hecho, arbitraria y sin soporte, careciendo la sentencia de instancia de falta de técnica judicial.

También expuso, que frente a la afirmación que el juez investigado desconoció que el dinero estaba afectado por medida cautelar material de incautación, en ningún momento la fiscalía hasta la audiencia del 4 de marzo de 2016, había efectuado solicitud con fines de comiso de dinero retenido, es después de esa audiencia, que el ente investigador por medio de unidad especial de extinción de dominio fue quien asumió la competencia de ese proceso, aplicó los efectos cautelares sobre ese dinero, momento desde el cual perdió competencia la jurisdicción ordinaria.

Por ende, es oscuro que la decisión del seccional tratando de argumentar y justificar que una decisión anterior de medida cautelar prohíba el levantamiento de la misma medida por otro juez, siendo esto, el real sentido de la norma procesal penal que puede verificar cuantas veces sea necesario y en audiencia preliminar sin exceder de 6 meses y antes de la acusación este tipo de debates.

Asimismo, el plazo que argumentó el *a quo* donde la fiscalía contaba hasta el 23 de abril de 2016 para hacer indagaciones sobre el origen del dinero incautado, es un término que no trae norma y la sentencia de constitucionalidad que lo desarrolla en ese sentido. Punto que se refuerza con el argumento y afirmación que no se había materializado el comiso, decisión que se soportó en el fallo de segunda instancia que revocó el

levantamiento de la medida sin que se analizara la decisión del fallador, encontrándose un término mínimo que se reitera es inexistente.

Finalmente, indicó que la transliteración de la sentencia C-591 de 2014, efectuada por el juzgador de instancia fue sesgada en la interpretación, pues solo a partir del punto 32 se hace análisis del objeto de la demanda de constitucionalidad, que lo relevante del texto que sirvió de soporte para la formulación de cargo no se centró en la consideración de la corte, se forzó el argumento sancionatorio con normas que terminan siendo parte de lo que deroga la corte constitucional, por tanto, no se dijo que aparte de la sentencia el disciplinable contrarió.

7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente referente al recurso de queja fue recibido por la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y sometido a reparto el 17 de septiembre de 2020, correspondiéndole a la Magistrada Magda Victoria Acosta Walteros. Una vez entró en el funcionamiento la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el expediente fue nuevamente sometido a reparto el 5 de febrero de 2021, siendo asignado a la Magistrada Diana Marina Vélez Vásquez, para resolver el recurso de queja bajo el radicado No. 7001-11-02-000-2016-00159-02.

El proceso de la referencia (7001-11-02-000-2016-00159-03), fue asignado por reparto al Despacho de la Magistrada Diana Marina Vélez Vásquez el 24 de mayo de 2021, para resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia sancionatoria de primera instancia.¹⁸

8.

CONSIDERACIONES

Competencia.

¹⁸ Archivo 01 carpeta de segunda instancia, expediente digital.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 257A¹⁹ de la Constitución Política, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es competente, en sede de segunda instancia, para resolver el recurso de queja y el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado por medio de su abogado en contra de la decisión del 23 de abril de 2021, que fue proferida por la Comisión de Disciplina Judicial de Sucre²⁰, por medio de la cual se decidió sancionar a ROGERS EMILIO HERNÁNDEZ SIERRA en su calidad de Juez 2º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para la época de los hechos, con 2 meses de salarios devengados para el 2016, por haberse encontrado responsable disciplinariamente y haber cometido falta en los términos del artículo 196 de la ley 734 de 2002, al haber vulnerado el deber funcional consagrado en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, por el incumplimiento al ordenar en audiencia del 04 de marzo de 2016 la entrega de un dinero desconociendo que se encontraba afectado de medida cautelar de “incautación” bajo los términos del artículo 83 de la ley 906 de 2004; por haber dado al derecho de propiedad la condición de fundamental de manera general y abstracta en contra de lo reglado en la sentencia C-591-14, y por haber ordenado la entrega del dinero antes del término que establece el artículo 88 del C.P.P, falta calificada como Grave Dolosa.

Igualmente se precisa que, en acatamiento del principio de limitación, la órbita de competencia del juez de segunda instancia sólo se circunscribe a los aspectos objeto del recurso, pues no goza de libertad para emitir un nuevo juicio fáctico y jurídico, salvo que existan causales objetivas de improcedibilidad de la acción disciplinaria o de invalidación de lo actuado que deban decretarse de oficio.

De entrada, observa esta Comisión que, el recurso de queja desatado por la primera instancia no había sido resuelto con anterioridad al desarrollo de esta

19 “(...) ARTICULO 257A. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (...)”

20 Sala dual de decisión. Magistrado instructor: Emiro Eslava Mojica, Mauricio Andrés Coronel Sossa.

sentencia por lo cual se entrará a resolver primero sobre este recurso antes de abordar los puntos relacionados en el recurso de apelación.

De la queja.

Previo a resolver el fondo de la queja, esta Comisión considera pertinente brindar las razones jurídicas por cuales es procedente abordar la queja en la misma providencia en la cual se resuelve el recurso de apelación contra el fallo sancionatorio, para ello, en primer lugar, debe indicarse que los artículos 117 y 188 de la Ley 734 de 2002, regulan lo referente a ese recurso así:

*“**ARTÍCULO 117.** Recurso de queja. El recurso de queja procede contra la decisión que rechaza el recurso de apelación.*

***ARTÍCULO 118.** Trámite del recurso de queja. Dentro del término de ejecutoria de la decisión que niega el recurso de apelación, se podrá interponer y sustentar el recurso de queja. Si no se hiciere oportunamente, se rechazará.*

Dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término anterior, el funcionario competente enviara al superior funcional las copias pertinentes, para que decida el recurso.

El costo de las copias estará a cargo del impugnante.

Si quién conoce del recurso de queja necesitare copia de otras actuaciones procesales, ordenara al competente que las remita a la mayor brevedad posible. Si decide que el recurso debe concederse, lo hará en el efecto que corresponde.”

Esta Corporación observa que los artículos en mención no establecieron que la interposición del recurso de queja imposibilita a la Seccional a emitir la sentencia de primera instancia. Ante esta carencia en la norma es necesario acudir a la aplicación de la integración normativa establecida en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, lo que, a su vez, nos remite al inciso 5° del artículo 323 del Código General del Proceso que expresa:

“En caso de apelación de la sentencia, el superior decidirá en esta todas las apelaciones contra autos que estuvieren pendientes, cuando fuere posible.”

Conforme a lo expuesto, se le permite a la Seccional proseguir la actuación y emitir la sentencia de primera instancia, así como también, le da la facultad a esta superioridad de resolver el recurso de queja al momento de pronunciarse, en segunda instancia, sobre la alzada interpuesta contra la sentencia sancionatoria. En consecuencia, no puede considerarse en el presente proceso y por esta causa, haya existido una irregularidad procesal que afecte a cualquiera de los intervinientes y que ocasione la nulidad del mismo.

Y es que, por económica, eficacia y efecto útil de las normas, tanto la queja como el recurso de apelación, se encuentran establecidas con el fin que, el superior revise la actuación del *a quo*; por ello, ante el silencio del legislador frente a si la queja se concede en algún sentido, por ejemplo, suspensivo, que impida al funcionario adelantar la actuación, se puede bajo una sola cuerda procesal, resolver, como en este evento, tanto la queja como alzada en contra de la sentencia.

Lo anterior, por cuanto el proceso es un solo, que pertenece a una sola unidad, por ello, es posible bajo un análisis amplio y de utilidad de las disposiciones normativas, permitir que en un mismo pronunciamiento se resuelvan todos los recursos pendientes a cargo del superior.

Por lo expuesto, la Comisión procede a resolver el recurso de queja, en atención a que en el evento que resulte prosperó, implicaría dejar sin efectos la sentencia sancionatoria.

Así, frente al recurso de queja interpuesto, debe decirse que, en la audiencia 10 de septiembre del 2020, el defensor del disciplinable solicitó como prueba que se incorporaran las actas de los Comités Técnicos Jurídicos realizados

al interior de la Fiscalía General de la Nación, solicitud probatoria que fue negada por la Seccional, ante lo cual la defensa interpuso un recurso de apelación, el cual no fue concedido, lo que generó que la defensa presentara recurso de queja contra la decisión que niega el recurso de alzada.

En este sentido, de entrada, esta Corporación coincide con los argumentos expuesto por la primera instancia al negar el recurso de apelación y, para ello, basta con indicar que el artículo 115 de la Ley 734 de 2002, mencionó de forma expresa cuales son las providencias sobre las que procede el recurso de apelación, exponiendo lo siguiente:

“ARTÍCULO 115. Recurso de apelación. *El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia.*

En el efecto suspensivo se concederá la apelación de la decisión de archivo, del fallo de primera instancia y de la decisión que niega totalmente la práctica de pruebas, cuando no se han decretado de oficio, caso en el cual se concederá en el efecto diferido; en el devolutivo, cuando la negativa es parcial.”

Conforme a lo estudiado en el expediente, la solicitud de pruebas realizada por el defensor fue posterior a los descargos presentados al Despacho el 1 de octubre del 2018, esto es, cuando ya se había cerrado la oportunidad de aportar pruebas por parte de la defensa. En ese sentido, al no negársele una prueba solicitada en el escrito de descargos, no era procedente conceder el recurso de apelación, pues de lo contrario se avalaría que la defensa, sin importar el momento procesal, solicitara pruebas y sometiera cada una de sus solicitudes a debates en segunda instancia, lo cual no es armónico con lo ordenado por el legislador.

Por lo expuesto, la Comisión declarará bien denegado el recurso de apelación interpuesto en la audiencia del 10 de septiembre del 2020.

- **De la nulidad**

La nulidad como un medio procesal que busca controlar una irregularidad de la actuación, asegurando la garantía al debido proceso ante una eventual violación de los requisitos de ley o como requisito para la validez de actos, tiene su desarrollo en el artículo 143 de la ley 734 de 2002.

“ARTÍCULO 143. Causales de nulidad. *Son causales de nulidad las siguientes:*

- 1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.*
- 2. La violación del derecho de defensa del investigado.*
- 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.”*

Dicho lo anterior, las nulidades bajo esa naturaleza taxativa que le ha reconocido el legislador y ha ratificado la jurisprudencia, debe obedecer, primero a un carácter de interpretación restrictivo y segundo solo se puede declarar la nulidad por las causales expresamente señaladas en la ley,²¹ que se adviertan, ya sea de manera oficiosa por el operador judicial o en su momento la alegue el interviniente, invocando las razones en que se funda y determinando la causal.

En ese orden, la defensa técnica del disciplinable ha planteado que la actuación surtida en la primera instancia estaría inmersa en la causal 2° y 3°, referidas sobre violación del derecho de defensa y la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso indicando que, *“en el transcurso de la diligencia se procedió a presentar y sustentar el recurso de queja por cuanto el despacho procedía a negar la continuidad de la práctica de los testimonios. A pesar de haber sido concedido el recurso de queja, nunca el despacho lo desató, y se tiene la indebida aplicación de la remisión normativa para funcionarios de la rama judicial, efectuada por el a quo”*.

Entonces, resulta pertinente abordar si es desacertado la integración normativa en el planteamiento que se dijo sobre la nulidad haciendo

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-884-07, C-537-16.



F 5707

referencia a las normas del código general del proceso en sus disposiciones numeral 10 de los artículos 323 y 330, en contraposición de las referidas en el artículo 195 de la ley 600 de 2000, tesis que planteó la defensa, al no atenderse las disposiciones del 410 y 411 de la citada norma penal.

Así las cosas, la finalidad del artículo 410 de la ley 600 de 2000 debe ser atendida con una interpretación sistemática con las normas de la ley 1564 de 2012, donde se faculta al juez diferir para el momento de dictar sentencia el pronunciamiento, como en este caso de una solicitud probatoria, que subió en queja por la negativa del recurso de apelación a una petición extemporánea; en ese orden, se debería connotar una afectación sustancial en el trámite para atender que se podría afectar el debido proceso, situación que en este caso no se dio, si se tiene en cuenta el objeto del recurso sobre una prueba que extemporáneamente se solicitó, es decir, el punto de discusión sería sobre la admisibilidad en el decreto de una prueba que no ha sido incorporada si quiera al debate probatorio, bajo esa primera consideración, la misma facultad de diferir la solución tiene concordancia con la disposición del artículo 330 de la ley 1564 de 2012, que se armoniza con el contenido del artículo 29 constitucional con la posibilidad de la práctica aun en el escenario que se profiriera sentencia, lo que se convierte en una garantía de contradicción y defensa que no tiene a invalidar por el solo hecho de no haberse pronunciado antes, remedio procesal que no nulita por estos efectos.

Frente al artículo 411 de la ley 600 de 2000, la misma no sería de aplicación al caso propuesto, toda vez que, la finalidad de esta es una suspensión especial frente a un recurso de apelación, y lo que se trataba en este caso, es referente a una queja, por lo cual el criterio de este fallador la misma no reviste de irregularidad sustancial que invalide actuación alguna.

Ahora, como se expuso en líneas anteriores, la Seccional no estaba impedida en continuar el proceso ante la interposición de una queja por la negativa de la concesión de un recurso de apelación, en primer lugar, por cuanto, no

F 5707

existe disposición que obligue a que ese recurso se conceda en un efecto determinado, por ejemplo, suspensivo y, en segundo lugar, el debate probatorio ya había finalizado y la Sala de instancia como titular del *ius puniendi* ya contaba con elementos para dictar la decisión objeto de apelación, motivo por el cual no se advierte la irregularidad anotada por el defensor, ello frente a la necesidad que alegó de volver a escuchar a los testigos después que se allegaran unos documentos, cuya practica se negó y cuya negativa impulso el recurso de apelación (negado) que motivó la queja antes resuelta.

Y es que, además, lo cierto es que, por efecto útil de la normas, celeridad y doble instancia, esta Comisión dentro de esta providencia en la que se desata la apelación, se encontraba facultada, como en efecto se realizó, a resolver el recurso de queja, pendiente de pronunciamiento, sin que ello, represente una vulneración al procedimiento o de los derechos del inculpado, pues, en últimas, aquel pudo conocer la decisión del superior, la cual fue contraria a sus intereses como se expuso.

Una interpretación contraria permitiría que el recurso de queja, se convierta en una estrategia procesal, a efectos de suspender el proceso y la posibilidad de su continuidad por el *a quo*, pues ante cualquier etapa y sin importar el estado de la actuación, se le dotaría su concesión bajo un efecto suspensivo, que no fue consagrado por el legislador, con el fin de afectar la celeridad y eficacia del proceso.

Por lo anterior, se niega la nulidad solicitada por el disciplinado, razón por la que se procede a resolver el recurso de apelación.

Análisis del caso

Descendiendo al caso bajo estudio, para atender los puntos sobre inexistencia de ilicitud sustancial, o que denominó falsa motivación probatoria, y su intervención como juez, resulta pertinente traer a colación la

prueba obrante de la audiencia del 4 de marzo de 2016, para determinar si el deber funcional por parte de quien fuera el juez de control de garantías para esa época se ajustó a los cánones de la ley estatutaria de la administración de justicia, y el principio que rige a las autoridades judiciales de enmarcar sus decisiones con estricto apego a la ley.

De la audiencia del 4 marzo de 2016²², audiencia sobre devolución de bienes con rad. 2015-02846 por el presunto punible de enriquecimiento ilícito.

El interés legítimo se hizo bajo la solicitud de la esposa del señor Acuña, basado en los términos del artículo 88 del C.P.P, argumentando una serie de negocios jurídicos bajo promesa de compraventas y con el fin de demostrarle al juez de control de garantías la procedencia del dinero que se iba transportando, 300 millones producto de una promesa de compraventa y 100 de un pago de otro negocio sobre un bien inmueble. Donde la misma defensa técnica expresó que se justificaba parte de los dineros incautados (minuto: 17:49 ss.).

Que el dinero se incautó en medio de contiendas electorales.

La defensa técnica en su exposición hizo alusión a lo mediático que había sido el caso en los distintos medios por la situación que comprometía al señor Jahir Acuña, y por el cual, se le estaban vinculando otros bienes por líneas investigativas de otros punibles como el enriquecimiento ilícito, lavado de activos, falsedad ideológica.

Se termina solicitando la devolución de la suma de \$487.421.000.

La fiscalía por su parte (minutos: 59:45 ss.), argumentó como negativa de esa devolución que, el dinero se incautó con fines de comiso para determinar el punible que se podría estar cometiendo, que la actuación fue remitida a la

²² Crf. Archivos 22 y 84 carpeta de primera instancia, expediente digital.

F 5707

unidad antinarcóticos y lavados de activos, se determinó que, bajo ese mismo radicado, se llevara otra investigación consistente en el presunto de lavado de activos y enriquecimiento ilícito que daba cuenta de una serie de denuncias donde se estaban financiando campañas en el departamento de Sucre con dineros de procedencia aparentemente ilícita, y donde se señalaba al señor Acuña y su esposa de estar participando de esas actividades por medio de empresas.

De igual forma, la delegada fiscal planteó que la línea de investigación se estaba dirigiendo de la compulsiva que hiciera una delegada de fiscales ante la Corte Suprema de Justicia, donde se estaba mencionando una presunta red de corrupción que involucraba fiscales presionando a funcionarios públicos y donde se vería comprometido el señor Acuña y su esposa; adicional a la investigación sobre una serie de negocios jurídicos hechos por estos, que ascendieron a una cifra de alrededor \$1.600.000.000, entre esos, los que había mencionado su defensor y estaba siendo objeto de la procedencia de los mismos, pues existían discrepancias y falta de respaldo probatorio sobre compras y ventas realizadas sobre esos bienes inmuebles en el año 2014-2015; en ese orden, la fiscalía advirtió que no se evidenciaba en el sistema financiero la trazabilidad de los dineros que derivaran de esos negocios o los respaldaran, al igual hizo alusión a elementos materiales como las declaraciones de rentas no encontrando un parámetro razonable que sustentaran esa fuente de dineros.

Asimismo, la delegada fiscal expuso que había aspectos y relacionamiento de personas con el investigado penal (minutos 1:17:46 ss.) que debían mirarse con mucho cuidado y detenimiento, pues, se encontraban frente a tres líneas de investigación que se complementan con un modus operandi que podía estar configurando un presunto de lavado de activos líneas que estaban siendo sustentadas por la fiscalía, para evitar propiciar actividades con esos fines.

F 5707

El ministerio público en intervención (minutos: 1:39:30 ss.), planteó que pasados casi 5 meses la fiscalía general no había concretado una línea de investigación clara, encontrando licitud en la procedencia de los dineros, que no hay norma que prohíba desplazarse con esas sumas, y que no es necesario que el dinero esté incautado para continuar con su investigación, que para evitar un perjuicio se debía apoyar la petición de devolución de los dineros incautados.

El juez procedió a tomar la decisión una vez escuchados los argumentos de las partes (minutos: 2:00:10 ss.) en el cual consideró que, haciendo alusión al acta de incautación consideró una discrepancia frente a la misma, a su vez que no podía establecer una licitud o ilicitud de los negocios jurídicos esbozados, que no tenía elementos materiales que pudieran dar cuenta de la ilicitud de los dineros, que la retención del dinero quedó “en el aire” pues no consideraba bien fundamentados en los términos del artículo 82 del C.P.P, judicialmente el comiso no fue decretado (minutos: 2:29:23 ss.) simplemente se dio un procedimiento policial, por tanto, fue inexistente en el ámbito del proceso pues no encontró con inferencia lógica, y así la encontrara, que las medidas cautelares en el caso “el párrafo se quedó a medio camino”.

Devolver el dinero, se fundamentó en que no se podía inferir lógicamente que una persona se estaba bajo el presunto de lavado de activos, que se debía seguir indagando para darle un debate jurídico más amplio para determinar que se encontró un lavado o un enriquecimiento ilícito, que simplemente divagando no se pueden sostener esas medidas que afectan derechos y garantías fundamentales. Terminó exhortando a la Fiscalía General a pulir la investigación, que esas inconsistencias las pongan de presente a otras entidades para nutrir la indagación de esa línea. Por tanto, ordenó la devolución al no encontrar los elementos fácticos y sobre la inexistencia de un comiso bajo el entendido que la propiedad estaría siendo afectada.



F 5707

Ahora, la segunda instancia del investigado²³ revocó la anterior providencia en los siguientes términos:

“En el caso bajo estudio existe una incautación legalizada por un juez de control de garantías, cuyo procedimiento se realizó en virtud de la posible comisión de un delito electoral, empero que la fiscalía dentro de la indagación ha recolectado elementos materiales probatorios que la ubican en una investigación por el presunto delito de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, y aduce la delegada fiscal que el propósito de la investigación no se circunscribe exclusivamente a averiguar la procedencia del dinero incautado, que hace parte del objeto de la investigación que es el patrimonio económico de YAIR ACUÑA y MILENA JARABA, que encuentra fundamento en los elementos materiales probatorios allegados, donde se extrae que los bienes adquiridos en el año 2015 pueden constituir un incremento patrimonial que merece ser investigado dado que se trata de personas que con anterioridad a esta data no poseían bienes registrados, por lo que no son meras suposiciones de la fiscalía quien investiga si existe un incremento patrimonial, evidenciándose un poderío económico que no está demostrado razonablemente, por lo que dentro de los parámetros legales adelanta una investigación en sede de indagación por considerar que reviste las características de un delito y que ello está fundamentado en dos noticias criminales que puso a disposición con otros elementos materiales probatorios que muestran como estas personas posiblemente estén incurso en estas conductas punibles, constituyendo el dinero incautado el objeto material del mismo lo que lo hace susceptible de un posible comiso.

Fíjese entonces que la fiscalía en esta fase de indagación de la investigación está determinando la ocurrencia o no de los hechos ilícitos, lo cual como bien lo dijo el defensor puede demandar tiempo por tratarse de punibles que no son quizás fácilmente verificables, y las

²³ Crf. Pág. 104-113, archivo 04 proceso penal, carpeta de primera instancia, expediente digital.

F 5707

circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de la licitud de los bienes, si es que lo son.

Además de ello, se agrega que han dicho los estudiosos del derecho que la decisión de devolver el bien debe ser ponderada y prudente porque puede ser que durante la indagación se estime innecesaria su afectación, situación que con el curso de la investigación puede variar.”

Testimonios practicados:

-Testimonio de **Luz Mila Santis**: afirmó que: *“La verdad en la práctica muchas veces llegamos al comité y ni siquiera se sabe que se trata, por lo tanto a veces uno no interviene por lo menos en este caso yo creo que no interviene porque a mí no me notificaron previamente de qué se trataba, sino que hay un comité necesitamos que nos apoye y llaman a varios de diferentes unidades a veces de la misma unidad de donde es el caso para que sean fiscales que manejen mis o menos el tema de lo que se trata, a veces no consiguen la disponibilidad unos fiscales que manejen el que caso, a veces simplemente con carácter académico se emite concepto, pero eso no obliga en ningún momento al fiscal del caso simplemente se utiliza con carácter académico.”*

-Testimonio de **Dunia herrera**: *“Esos comités se levantan unas actas, esas actas reposan en la dirección, generalmente esas actas no van a los procesos porque son documentos que no entran a formar parte de los expedientes convocados de las carpetas, pero en la dirección seccional debe reposar copia de esas actas para para efectos de cualquier verificación.”*

-Testimonio del **Roger Zabala**: *“Si le demostraban la procedencia del dinero el juez acataría la solicitud de entrega, en esa última diligencia, en la primera no consideré que se entregara, pero en la última diligencia donde se tomó la decisión por parte del juzgado, la procuraduría que estaba a mí, consideré que se llenaban los requisitos de ley y se probaban con documentos la*

procedencia de esos dineros, por lo tanto, el proceso fue favorable a la solicitud que hizo el abogado de la defensa de que se hicieran entrega de los dineros".

-Testimonio de **Tomas Mier**: *“La participación que tuvo por parte de este delegado fiscal fue la oposición para que se hiciera la devolución de los bienes como quiera que el término de la misma no se encontraba para hacer la devolución de esas dineros, esa devolución de acuerdo al artículo 88, ahora si me acuerdo se opone a dicha diligencia, nuevamente la delegada fiscal solicita un apoyo por parte de este mismo y el cual posteriormente no se llevó a cabo esa diligencia de apoyo directamente a esa diligencia, de ahí este delegado no participa en ninguna otra acción.”*

En ese orden, encuentra la Comisión sin traspasar la línea de la autonomía del juez al momento de tomar su decisión en una inmediatez y valoración misma, es imprescindible abordar elementos del desarrollo de la decisión tomada para comprobar que en efecto, existió un ámbito de afectación al deber funcional del juez, pues tal y como se dijo por la instancia que revocó la decisión de devolución de los dineros, la fiscalía puso de presente que, estando en una fase de indagación unido a tres líneas de investigación se complementaban; éstas podrían arrojar la ocurrencia de hechos ilícitos como el lavado de activos o enriquecimiento ilícito, por tanto, como bien señaló el juzgado penal del circuito, la decisión para estos casos y basados en esos argumentos debieron ser ponderados y prudentes, lo que no significaba que agotado el periodo máximo que otorgaba el artículo 88 de la ley 906 de 2004, pudiera variar el curso de la investigación.

De igual forma, el disciplinado en su consideración de crítica hacia las actuaciones previas de la fiscalía y de los jueces de control de garantías que lo precedieron en su actuación, comprendió perfectamente que habían surtido un control de legalidad sobre la incautación, que si bien no se acompañaba en su criterio los elementos de materialización del comiso, este no podía ser un fundamento para indicar que la medida había quedado “ en

el aire” pues no consideraba bien fundamentados en los términos del artículo 82 del C.P.P, además de, indicar que judicialmente el comiso no fue decretado, lo que era desconocer los elementos materiales probatorios aportados por las partes.

Nótese que la valoración integral de los testimonios no llevan al grado de certeza e inferencia razonable que las actas del comité o lo que se determinara en el mismo, tenga el parámetro de obligatoriedad y vinculación a la autonomía del fiscal de conocimiento del asunto, y por ende, la misma tienda a cambiar el criterio y convicción en la línea de investigación que se podría plantear ante el juez, por tal razón, no se torna suficiente para esta superioridad que por el solo hecho que se recomendara una postura distinta o similar a la tomada, esta fuera condicionante a efectos de lo que aquí se analiza sobre la interpretación errada de quien fungía como juez.

Asimismo, el argumento de valoración tendiente a que el acompañamiento que hizo el Ministerio Público de la solicitud y que se impartió en su momento, no es procedente en el entendido que las derivaciones de responsabilidad disciplinaria no se pueden condicionar a que, se acompañen decisiones o posturas en medio de una actuación judicial, como si esta validara de legalidad las mismas o menguara la afectación al deber funcional del servidor investigado.

Igualmente, no se encuentra una valoración distorsionada o tergiversada de los testimonios, al igual, que no es desacertada la posición de la Comisión Seccional al exponer que el disciplinable pudo atender que al 24 de abril de 2016, la fiscalía podía desbordar el límite establecido por el artículo 88 de la ley 906 de 2004, y con eso, se determinaba lucidamente un ingrediente que resultaba perentorio para la fiscalía en conseguir elementos y fundamentos para la materialización del comiso, bajo la tesis que, se planteara sobre las presuntas conductas penales que se desligaran de las líneas de investigación que le pusieron de presentes al encartado en su momento.

F 5707

También, se comparte la postura de la seccional que al juez no se le reprocha por haber convocado audiencia antes de los 6 meses, la formulación obedeció que se apartó de manera errónea de elementos claros, donde la procedencia de la materialización del comiso como exigencia para acceder a mantener la medida cautelar era una postura que no atendió la realidad fáctica ni procesal que se tenía del caso, ignorando deliberadamente los argumentos de la delegada fiscal que, sustentaba la necesidad de contar con ese parámetro de cautela para evitar la trascendencia de los punibles que se estaban desarrollando en las indagaciones.

Se tienen entonces que, el propósito que tenía la fiscalía en una finalidad de averiguación sobre una inferencia de la consecución de uno o varios posible ilícitos debían haberse contrastado con el ingrediente de la norma del artículo 88 que reza:

“antes de formularse la acusación, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos **cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso**; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.” (negritas nuestras)

Por tanto, la fiscalía había puesto de presente la necesidad misma de tener bajo medida material con fines de comiso los dineros, pues resultaban determinantes para las líneas de investigación que se estaban manejando, incluso, desde otras direcciones especializadas de la fiscalía por las variadas denuncias que implicaban a los titulares de los dineros, y que en inferencia razonable la fiscalía encontraba elementos o actividades que podían enmascarar posibles conductas como el lavado de activos a través de negocios jurídicos, investigación que se surtía para evitar propiciar actividades con esos fines.

F 5707

En ese sentido, recobra importancia el rol que cumple un juez y más unos de control de garantías, quien no solo vela por los fundamentos de protección de quien se ve implicado en actuación penal sino por quienes integran el conglomerado social en la protección de bienes jurídicos superiores o con un grado de amplificación en la garantía de protección como el orden público, la administración pública enmarcados en los delitos contra el orden económico social.

Así se encuentra que, el comportamiento del encartado se tornó antijurídico con relevancia sustancial, elemento de estructura de la responsabilidad disciplinaria que se liga a los elementos de transgresión en los términos del numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996 pues no se cumplió con la norma del artículo 83 de la ley 906 de 2004, que entre otras, busca que se garantice la medida cautelar que tiene un fin de comiso, y que se integra al artículo 88 de esa misma codificación penal, encontrando circunstancias y elementos necesarios para la indagación, como bien expuso la representante de la fiscalía, resultaban necesarios sin que se rompiera con la presunción de inocencia y se excediera del límite establecido de los seis meses.

Tampoco encuentra prosperidad el argumento del apelante sobre la interpretación que hizo el ad quo sobre la sentencia de constitucionalidad del artículo 88 *ibidem*, la sentencia C-591-14, por cuanto se refirió al deber que se faltó de realizar un análisis y valoración ponderada de la fuentes y los ingredientes de la norma que se explicaban, que si bien no eran *ratio decidendi*, si eran parámetros de obiter dicta para comprender la finalidad misma de la disposición e incluso el aspecto de la trascendencia social que, la misma norma tenía por la protección del interés general o terceros como víctimas.

En ese orden, no se avizora como dice el disciplinado que el argumento fue reforzado para sancionarlo con normas que terminan siendo parte de lo que deroga la Corte Constitucional.

F 5707

Así las cosas, no prosperarán los argumentos de la apelación, razón por la que la Comisión confirmará la sentencia del 23 de abril de 2021, proferida por la Seccional de instancia objeto de recurso de apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR bien denegado el recurso de apelación interpuesto en audiencia del 10 de septiembre del 2020, según lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la nulidad planteada por la defensa técnica, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la providencia del 23 de abril de 2021, proferida por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Sucre, por medio de la cual se encontró responsable disciplinariamente a ROGER EMILIO HERNÁNDEZ SIERRA, al haber cometido falta en los términos del artículo 196 de la ley 734 de 2002, al haber vulnerado el deber funcional consagrado en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996, por el incumplimiento al ordenar en audiencia del 04 de marzo de 2016 la entrega de un dinero desconociendo que se encontraba afectado de medida cautelar de “incautación” bajo los términos del artículo 83 de la ley 906 de 2004; por haber dado al derecho de propiedad la condición de fundamental de manera general y abstracta en contra de lo reglado en la sentencia C-591-14, y por haber ordenado la entrega del dinero antes del término que establece el artículo 88 del C.P.P, falta calificada como Grave Dolosa, sancionándolo con sanción de 2 meses de salarios devengados para el 2016, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Efectuar las notificaciones judiciales a que haya lugar, utilizando para el efecto los correos electrónicos de los intervinientes, incluyendo en el

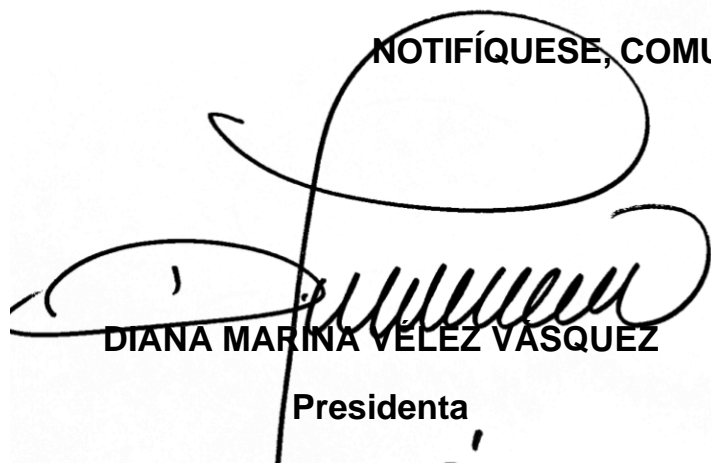
F 5707

acto de notificación copia íntegra de la providencia notificada. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación, cuando el iniciador recepcione acuso de recibido, en este caso se dejará constancia de ello en el expediente, adjuntando una impresión del mensaje de datos y del acuse de recibo certificado por el servidor de la Secretaría Judicial, advirtiéndole que contra ella no procede recurso.

QUINTO: Por Secretaría realizar las comunicaciones que establece el artículo 220 de la Ley 734 de 2002 y una vez ejecutoriada la decisión, REMITIR copia de la providencia al competente para su registro en los términos del artículo 174 del Código Disciplinario Único.

SEXTO: Devuélvase el expediente a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial correspondiente, para lo de su competencia.

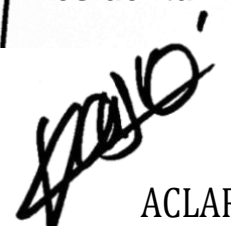
NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE



DIANA MARINA VELEZ VASQUEZ
Presidenta

AUSENTE

MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS



ACLARA VOTO
ALFONSO CAJIAO CABRERA
Magistrado



JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA
Magistrado



CARLOS ARTURO RAMÍREZ VÁSQUEZ
Magistrado



ACLARACIÓN
DE VOTO
MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ
TAMAYO
Magistrado



JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
Magistrado ACLARO VOTO

ANTONIO EMILIANO RIVERA BRAVO

Secretario Judicial