

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA**1. INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2016-019
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	F.A.P.
- CARGO:	Gestor II Nivel 302 Grado 02
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Bogotá
- TEMA:	Conducta punible de Concusión frente a un funcionario que abusando de su cargo induce a otra persona, para que le diera una suma de dinero con el objeto de mirar que iba pasar y mirar que hacer para poder retirar una mercancía de zona franca y evitar una sanción.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

El origen de la presente investigación tiene sustento en la queja radicada el 12 de febrero de 2016, ante la Agencia ITRC por la señora **G.E.P**, en calidad de Representante Legal y Gerente Administrativa de la Empresa **T.H.SAS**, puso en conocimiento presuntas irregularidades cometidas por funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales seccional Bogotá, a quienes al parecer entregó sumas de dinero a cambio de ayudarla a materializar el levante de una mercancía contentiva de 22 hornos eléctricos de propiedad de la empresa **A.SAS**, la cual se encontraba amparada en la declaración de importación y que debido a una presunta adulteración conllevó a la retención de la carga en zona franca y al inicio de una investigación contra la Agencia de Aduanas **A.LTDA** Nivel 2 por parte de la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN seccional Bogotá.

Manifestó la quejosa que la Agencia de Aduanas **A.LTDA** en nombre y representación del importador **A.SAS** el 1 de septiembre de 2015, presentó ante la DIAN Seccional Bogotá sede aeropuerto, la declaración de importación, dicho documento previo a la radicación ante la entidad mencionada habla sido enviado a su empresa **T.H.SAS**, para su respectiva revisión, asunto que estuvo a cargo de **L.M.H**, trabajadora de su empresa quien pasó por alto un error contenido en el número serial de la declaración de importación.

Agregó la quejosa que la declaración de importación presentada ante la DIAN sede aeropuerto, fue recepcionada por la funcionaria **S.M.A**, quien se percató que al número que identificaba la aclaración le hacía falta un serial, circunstancia ante la cual su trabajadora **L.P.H.C**, en compañía de

un funcionario de la Agencia Aduanera **A.LTDA**, procedieron a incluir a puño y letra el número que hacía falta, procedimiento que conllevó que en el proceso de inspección se rechazara el levante de la mercancía con la consecuente remisión de la declaración de importación a la División de Fiscalización Aduanera ante la existencia de una presunta adulteración.

Indicó que ante la presión ejercida por el cliente **A.SAS** debido al retardo en la entrega de la mercancía, se vio en la necesidad de buscar una solución inmediata: "El señor **R.A.G.G** por la suma de XXX se comprometió a efectuar un trámite en fiscalización, desvincular y darle levante a la mercancía para poder ejecutar el retiro. El 17 de octubre de 2015 se entregó la suma de XXX a la señora y el saldo del dinero fue entregado al señor en compañía del señor **W.A** quien es familiar del señor **R.A.G.G**.

Posaron más de 20 días y este señor no realizó ningún trámite y tuvo el descaro de pedirme más dinero. Yo realmente no accedí a darle más dinero y personalmente estuve en la oficina de fiscalización hablando con el señor **L.F.S** quien me dijo que fuero al aeropuerto y hablara directamente con el jefe de importaciones y el muy amablemente me explicó que debía hacer una nueva declaración y pagar de nuevo los impuestos para poder dar levante a la mercancía y así entregarla al importador (...)"

Reseña procesal

1. El 17 de febrero de 2016, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en atención a la finalidad establecida en el artículo 150 del Código Disciplinario Único profirió auto de indagación Preliminar y se ordenó la práctica de pruebas.

2. Cámara de Comercio de Bogotá remitió formulario en el cual se constató que la sociedad **T.H.SAS** se encuentra vigente y que efectivamente, su representante legal es la señora **G.E.P**. La Coordinación de Historias Laborales de la DIAN informó que el señor **R.A.G.G**, a quien según el relato de la quejosa le había entregado sumas de dinero, no es funcionario de la DIAN Seccional Bogotá, calidad que tampoco ostentaba **W.A.P**.

3. se recepcionó ampliación de la declaración de la señora **G.E.P**, en la cual expresó que se reunió con otro funcionario de la DIAN de nombre **F.A.P** y de acuerdo con su relato, le entregó la suma de XXX mil pesos, con el propósito de colaborarle en el levante de la mercancía retenida en zona franca por presunta adulteración y para persuadir a otros funcionarios de la DIAN con la finalidad de evitar sanciones a la Agencia de Aduanas **A.LTDA**.

4. Como consecuencia de lo anterior, el 3 de agosto de 2016 mediante auto se decretó la siguiente prueba: "(...) oficiar o realizar visita especial en la Coordinación de historias laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, con el objeto de que certifique si en la Dirección se desempeña un funcionario de **F.A.P**(...)". Se confirmó la vinculación del ciudadano **F.A.P** a la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, quien desempeñaba el cargo de Gestor II, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de investigaciones Aduaneras II, de la División de Gestión de Fiscalización.

5. la Agencia ITRC dispuso la apertura de investigación disciplinaria contra el funcionario de la DIAN.

6.El 7 cue marzo de 3018, se emitió auto de cierre de la Investigación disciplinaria. Posteriormente, el 21 de mayo de 2018 de conformidad con los artículos 160 y 175 de la Ley 734 de 2002, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, profirió auto de Formulación de Cargos contra el señor. El cargo único que se le imputó fue el siguiente:

“El señor **F.A.P**, en su calidad de funcionario de la Unidad Administrativa y quien para la época de los hechos ocupaba el cargo de Gestor II Nivel 302 Grado 02, ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones Aduaneros II de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, presuntamente incurrió en falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dado que, al parecer, realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley penal como delito sancionable a título de dolo, esto es, la conducta punible de Concusión, contenido en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000. por cuanto, aparentemente, para el mes de octubre, abusando de su cargo indujo a la señora **G.E.P**, representante legal y gerente administrativa de **T.H.SAS**, para que le diera la suma de dinero, la cual materializó en XXX pesos con el objeto de mirar que iba pasar y mirar que hacer para poder retirar la mercancía de zona franca y con la investigación, para que no hubiese ninguna sanción con la agencia de aduanas (...)”

7. la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, emitió auto que corrió traslado para alegar de conclusión por el término de diez días; lo anterior teniendo en cuenta que, no se encontraron solicitudes de los sujetos procesales por resolver ni pruebas pendientes por practicar.

9. se presentaron alegatos de conclusión.

10. El 7 de diciembre de 2018, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC emitió Fallo de primera instancia a través del cual declaró la responsabilidad del disciplinado **F.A.P**, por la configuración de la falta disciplinaria consagrada del Código Penal, por haber inducido a la quejosa a entregar la suma de XXX a cambio de ayudarla al levante de la mercancía retenida por la DIAN y en consecuencia impuso sanción de Destitución e Inhabilidad General por el término de diez (10) años.

11. Previa notificación del fallo de primer grado, la apoderada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo el 9 de enero de 2019.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA – SUSTENTACIÓN DEL RECUSO – CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Procede el Despacho a revisar, por vía de apelación, el fallo sancionatorio de primera instancia contra el disciplinado. Recuérdese que conforme al mandato normativo el ámbito funcional de esta instancia se circunscribe a revisar sólo los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de oposición, verbigracia, el análisis de los elementos estructurales de la falta disciplinaria: tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Problema jurídico.

Con el fin de abordar el estudio de la conducta penal de Concusión endilgada al disciplinado, ésta segunda instancia plantea el siguiente problema: ¿Es procedente atribuir responsabilidad al investigado **F.A.P**, de haber incurrido en la falta disciplinaria contenida en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 404 del Código Penal contentivo del delito de Concusión, al haber sido contactado por la quejosa quien de manera unilateral y voluntaria propició tener comunicación con varios intermediarios con el propósito de conseguir ayuda dirigida a solucionar un problema de adulteración presentado en el trámite de la declaración de Importación número XXX del 5 de septiembre de 2015, lo cual conllevó a la retención de la mercancía y al inicio de una investigación a la Agencia de Aduanas **A.LTDA** por parte de la DIAN Seccional Bogotá?

Sobre la conducta atribuida.

El fallador de primer grado con base en el material probatorio allegado al plenario llegó a la conclusión que la quejosa **G.E.P**, en su afán de resolver los problemas ocasionados en el trámite de nacionalización de una mercancía de propiedad del importador **A.SAS**, por el error cometido por **L.M.H**, trabajadora de su empresa **T.H.S.A.S** relacionado con presunta adulteración de la Declaración de Importación número XXX, tuvo contacto con el funcionario **F.A.P**, a través del particular **W.A.P**, con la finalidad de realizar gestiones a fin de obtener el retiro de la mercancía.
(...)

Al respecto, el apelante en torno a la tipicidad objetiva de la conducta textualmente argumentó: "(...) lo cierto es que en el escenario procesal jamás se probó ni la solicitud, ni la entrega material del dinero, por tanto, hay que decir también, que el tipo objetivo en análisis de la adecuación típica de la conducta tampoco, o se tiene acreditado, por tanto, lo conducta achacada a mí representado además de no haberse logrado en grado de certeza acreditar por el operador disciplinario en ejercicio de la carga de la prueba ni fáctica ni jurídicamente (...)”

Bajo este contexto, ésta segunda instancia hará un análisis de la conducta penal de Concusión imputada al disciplinado con la finalidad de verificar si se acreditan los elementos constitutivos de la misma y si, por tanto, hay pruebas suficientes que demuestren que existe certeza más allá de toda duda razonable que el investigado abusando de su cargo haya inducido a la señora para que le diera una suma de dinero con el propósito de solucionar el incidente presentado en el trámite de nacionalización de la mercancía contenida en la declaración de importación objeto de investigación.

Descripción objetiva de la conducta penal de Concusión.

Las exigencias típicas contenidas en la descripción objetiva de la conducta reprochada se encuentran consagradas en el artículo 404 así: "(...) El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebida, o los solicite, incurrirá en prisión (...)”.

Acerca de los elementos que componen el tipo penal de concusión el Despacho enfoca el estudio respecto del elemento subjetivo predicable de la víctima, denominado por la Corte Suprema de Justicia como ‘metus publicae potestatis’, referido a que el miedo es un resultado que debe estar presente en el sujeto pasivo para que pueda configurarse el delito de concusión.
(...)

La ejecución de la conducta concusionaria en cualquiera de sus formas de ejecución, es decir constreñir, inducir o solicitar, requiere que exista el “metus publicae potestatis”, que significa temor al poder público o miedo al poder público.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado de la exigencia del elemento subjetivo, que conduce al sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del agente corrupto del Estado.
(...)

En el presente caso, la segunda instancia se aparta de lo sostenido por el a quo sobre la configuración del delito de Concusión, toda vez, que no existen pruebas suficientes que determinen en grado de certeza que el disciplinado **F.A.P**, de manera unilateral y valiéndose de su investidura como funcionario de la DIAN Seccional Bogotá, mediante un acto de poder haya inducido a la

quejosa, con el fin de conseguir la entrega de una dadora representada en una suma de dinero, como tampoco se encuentra acreditado que la quejosa le haya ofrecido el dinero indebido producto de una persuasión a intimidación ejercida eficazmente por el Investigado ni mucho menos que haya actuado a causa del miedo a sufrir un perjuicio si no realizaba la entrega del dinero.

el a quo se soportó en la prueba testimonial rendida por **G.E.P**, **W.A** y **L.M.H**, cuyo contenido entra este Despacho analizar con base en la valoración probatoria y bajo las reglas de la sana crítica, utilizando las máximas de la lógica y la experiencia.

En denuncia inicial realizada por la quejosa, manifestó: "(...) Debido a la anterior mencionado y por problemas generados por el representante legal de la empresa importadora, porque supuestamente tenía una Póliza de cumplimiento con el comprador de los hornos y la presión a la cual fui sometida me vi en la obligación de darle una solución Inmediata para poder retirar la mercancía del depósito de zona Franca. Fue ahí cuando el señor **W.A** quien frecuentaba nuestras oficinas por temas comerciales con la empresa de transporte terrestre, él me recomendó el funcionario de la DIAN, **R.A.G.G** quien se encuentre laborando en el aeropuerto en pasajeros. El señor por la suma de XXX se comprometió a efectuar un trámite en fiscalización y desvirtuar el trámite del Insumo 0053, y darle levante a la mercancía para poder efectuar el retiro. El día 17 de octubre de 2.015 se entregó la suma de XXX a la señora **L.M.H**. Y el saldo del dinero fue entregado al señor **R.A.G.G** en la oficina de Bancolombia el día 21 de octubre de 2015 en compañía del señor **W.A** quien es familiar del señor **R.A.G.G** (...)”

Posteriormente, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC la quejosa afirmó que se reunió con otro funcionario de la DIAN de nombre **F.A.P**, y de acuerdo con su declaración, le dio la suma de XXX mil pesos, con el propósito de colaborar en el levante de una mercancía y persuadir a otros funcionarios, con la finalidad de evitar sanciones a la Agencia Aduanera. En esa oportunidad la declarante manifestó: "(...) en ese día yo le di XXX mil pesos en efectivo a **F.A.P**, porque él iba a hablar con otros funcionarios de la DIAN, además me dijo que tenía que invitarlo a almorzar y a comer para mirar que hacer para retirar la mercancía de zona franca y con la investigación, para que no hubiese ninguna sanción con la agencia de aduanas. (...) los señores se presentaron en mi oficina y que ya no se iba a hacer el trámite con **F.A.P**, pero que el tema iba a hacer con funcionarios de Nivel Central directamente para agilizar más, y me pidieron la plata de una vez, entonces yo les dije al otro día pero que necesitaba que eso se solucionara ya” (...)

Referente al propósito por el cual la quejosa entregó la suma de dinero al investigado, la declarante manifestó que era para "(...) Hablar con la jefe de Fiscalización Aduanera para que nos dijera que podíamos hacer para retirar la mercancía, o que ella nos consiguiera una reunión o que nos dijera que debíamos hacer (...) ”.

De otro lado, el declarante **W.A.P**, en declaración juramentada, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC manifestó que conoció al investigado **F.A.P**, desde 5 años atrás y de quien sabía trabajaba en la DIAN y de la señora **G.E.P**, indicó que la conoció para el mes de agosto de 2015, así pues, manifestó: "(...) si no estoy mal, el mes de octubre de 2015, yo acompañé a la señora a la DIAN para que se encontrara con el señor **F.A.P**. La acompañé hasta la oficina de la DIAN, pero como el señor se demoró en llegar, a mí me tocó irme y ella se quedó ahí

esperándolo.” Luego se le pregunto si él conoció que temas se iban a tratar o se trataron en dicha reunión. A lo que contesto: “Entiendo yo que él la iba a orientar con una nacionalización de una mercancía que tenía un problema (...)”.

En diligencia rendida bajo la gravedad del juramento por **L.M.H.C**, indicó que para la época de los hechos se encontraba vinculada a la empresa **T.H.SAS** en el cargo de Auxiliar de Importaciones y Exportaciones; aclaró que entre sus funciones se encontraba la de montar declaraciones de importación e hizo referencia al error cometido al momento de digitalizar la declaración del cliente **A.LTDA**. Sobre las circunstancias de tiempo, modo y Lugar de realización de la conducta materia de investigación, **L.M.H.C** relató la manera como se llevó a cabo la entrega de las sumas de dinero por parte de la quejosa a funcionarios de la DIAN con el fin de lograr el retiro de la mercancía contentiva de los hornos eléctricos objeto de importación.

(...)

Precisa esta instancia, que en este testimonio la declarante no mencionó a **F.A.P**, de lo cual se colige que: “el disciplinado no fue la única persona a la que acudió la quejosa en su interés de solucionar el problema cometido por una trabajadora de su empresa. Posteriormente, en diligencia de ampliación de declaración de la trabajadora realizado por la segunda instancia de esta Agencia, en la cual expresó: “(...) Me acuerdo de que en ese momento nunca los había visto y después mi jefe me dijo que uno se llamaba XX y había otro que le decían el Guajiro, pero nunca supe cómo se llamaba el señor. Pero ella siempre me hacía referencia al señor que el guajiro esto y que era el señor que le faltaban unos deditos en la mano (...)”

Téngase en cuenta, que los precitados testimonios, son coincidentes en afirmar que ante el error cometido por ésta última trabajadora de la empresa **T.H.SAS** en la digitalización de la declaración de importación y debido a la presión ejercida por el representante legal de **A.SAS**. para la entrega de la mercancía retenida en zona franca, en su condición de importador, la quejosa inicialmente no agotó el procedimiento formal establecido en la DIAN para resolver esta clase de inconvenientes sino que por el contrario acudid al señor **R.A.G.G**, quien según su relato, se presentó como funcionario de la DIAN y a quien le entregó una suma de dinero a cambio de intervenir en el trámite de fiscalización y lograr la entrega de la carga retenida; al resultar dicha gestión infructuosa y fallida procedió a través del señor **W.A.P**, a contactar al disciplinado **F.A.P**, para lo cual se trasladó a las Instalaciones de la DIAN para comentarle el problema que le asistía sobre el cual debía darle pronta solución.

Es por ello que no es viable afirmar que realmente la conducta típica de concusión haya ocurrido toda vez que, no se encuentra probado que el verbo rector inducir atribuido al disciplinado **F.A.P**, se haya configurado y generado en la quejosa tal intimidación o temor que, de no realizar la actuación pedida por el agente, se viera afectada directamente por éste, más aún, de la literalidad de los relatos rendidos en el proceso se infiere sin dificultad que la quejosa ante el problema presentado en el trámite aduanero no acudió a los canales formales de atención implementados por la DIAN, contrario a ello, a través de un señor, procedió a buscar terceros intermediarios a fin de que intercedieran ante funcionarios de la DIAN para lograr el levente de la carga y evadir la imposición de sanción aduanera a la agencia **A.LTDA**.

(...)

En el caso bajo estudio, no se observa que el disciplinado haya desplegado una conducta persuasiva o haya ejercido actos de insinuación para la entrega del dinero indebido, todo lo contrario, lo que se colige es que **F.A.P.**, actuó conforme a la ayuda requerida por la quejosa, de tal manera que no se produjo el resultado psicológico necesario para la configuración del tipo penal de Concusión, como quiera, que fue la quejosa quien a través del señor **W.A** en funcionario, propició el encuentro y contactó con el disciplinado para que interviniera ante funcionarios de la DIAN en aras de lograr el retiro de la carga contenida en la declaración de importación motivo de controversia

Así las cosas, se tiene que del análisis de las pruebas con base en las cuales el fallador de primer grado edificó el juicio de responsabilidad se vislumbra que el investigado **F.A.P.**, no instigó ni persuadió a la quejosa a tal punto de someter su voluntad para que efectuara la acción de entregarle una suma de dinero, fue la quejosa quien decidió tener contacto con el disciplinado. Concluye esta segunda instancia que el actuar realizado por la quejosa, no obedeció a un sentimiento de temor que haya sido provocado por el investigado producto de insinuaciones o persuasión de tal manera que no se produjo en ella el resultado psicológico necesario para la consumación del delito.

Por último, este despacho hace énfasis en el elemento subjetivo del tipo penal de Concusión endilgado al disciplinado.

(...)

en consideración del ad quem existe una atipicidad objetiva de la conducta penal atribuida por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia ITRC, ante la ausencia del elemento subjetivo predicable de la víctima denominado por vía jurisprudencial "metus publicae potestatis", pues no se demostró que en la quejosa haya existido el miedo a sufrir un perjuicio ni que dicho resultado psicológico la haya conllevado a someter su voluntad ante las insinuaciones del disciplinado con ocasión de la investidura que ostentaba para la época de los hechos, como funcionario ; por el contrario lo que se vislumbra es un acuerdo entre la quejosa y el disciplinado quien al conocer el interés de aquella accede a su pretensión de resolver el inconveniente presentado por la presunta adulteración de la cuestionada declaración de importación.

Valoración Probatoria y Certeza más allá de toda duda razonable

Teniendo en cuenta lo expuesto por la apelante sobre la falta de certeza que dé cuenta de la conducta delictiva por parte del disciplinado, se hace necesario ahondar en materia de valoración probatoria, con la finalidad de esclarecer la apreciación dada a dichas pruebas en sede de apelación. Menciona textualmente la apelante:

"(...)el juez disciplinario debe apoyarse en pruebas que den certeza de la comisión de la conductas y no en meras suposiciones que pueden entenderse como poco objetivas, parcializadas y desligadas del correcto análisis que debe realizarse en curso de la decisión sancionatoria. (...) Entonces, frente a la supuesta participación en la situación fáctica descrita en el pliego de cargos y en el mismo acto sancionatorio, donde supuestamente mi cliente cometió el punible adecuado a la falta. (...) lo cierto es que a la fecha no existe certeza de que en efecto lo mencionada solicitud de dinero bajo el verbo rector de inducir hubiese ocurrido (...)"

(...)

hoy en día el concepto de la sana crítica es un elemento de valoración racional de todas las pruebas y hace alusión a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia, leyes, teorías, conceptos

científicos afianzados, procedimientos, protocolos, guías y reglas admitidos por distintos ámbitos de carácter profesional o técnico, a las que se encuentra sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones acerca de los hechos que interesan al proceso.

(...)

Ahora bien, el artículo 141 del Código Disciplinario Único textualmente prevé: "(...) Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica en toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta (...)".

En el caso concreto y bajo la línea argumentativa del recurrente, se tiene que, luego de efectuar un análisis de las pruebas allegadas al plenario encuentra el ad quem que no son suficientes para llegar a la certeza más allá de toda duda razonable respecto del delito de concusión, puesto que no existen pruebas que demuestren que efectivamente el señor **F.A.P** haya inducido a **G.E.P**, a la entrega indebida de sumas de dinero. Tampoco existen elementos de juicio que indiquen el contenido de las llamadas efectuadas entre **F.A.P** y **G.E.P**; adicionalmente, no se encontraron pruebas con relación a las entradas del señor **F.A.P** a las instalaciones de **T.H.SAS** y, en las declaraciones rendidas por la señora, se hace alusión en todo momento a que ella fue puesta en contacto con el investigado de manera libre y voluntaria, sin que note este fallador que haya existido un constreñimiento a inducción por parte del disciplinado.

(...)

para el ad quem es evidente que en todas las declaraciones rendidas por la señora no se puede llegar a la certeza más allá de duda razonable de que efectivamente se dio la inducción para que ella diera la suma de dinero manifestada, puesto que realizando el análisis de las pruebas en conjunta, encuentra el fallador que en todas las declaraciones recibidas y mencionadas en el recurso de apelación, la señora fue quien buscó intermediarios que la ayudaran a resolver la situación que se le presentó con las declaraciones de Importación, y no se evidencia que el señor **F.A.P** haya tenido la iniciativa de propiciar un encuentro o de buscar a la señora para tener algún beneficio económico. Por esta razón, el ad quem considera que no es posible establecer certeza acerca de la ocurrencia del verbo rector "inducir" que exige la conducta típica y "(...) es fundamental que el funcionario de conocimiento llegue al convencimiento libre y espontáneo que le permita un juicio de valor sobre la existencia de lo conducta disciplinable y la responsabilidad del servidor público encartado, pues duda y certeza son estados incompatibles (...)".

En cuanto a la certeza más allá de toda duda razonable, en sede de apelación la apoderada del disciplinado Fernando Ariza Peláez, argumentó textualmente que: "(...) advierte la defensa que pese al gran esfuerzo argumentativo efectuado por el despacho de la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias, no existe certeza de la Comisión de la falta disciplinaria en cabeza de mi representado, pese a que extrañamente manifestó no existir dudas sobre la comisión de la falta, sin embargo otra cosa demuestran las pruebas arrojadas al plenario y el análisis de las mismas, por tal motivo, convidó al despacho de segunda instancia a realizar un análisis objetivo e imparcial, con los que podrá corroborar la existencia de dudas y la falta de certeza frente a la comisión de la falta achocada o mi representado (...)".

Por tanto, encuentra el ad quem que no se logra establecer un grado de certeza más allá de toda duda razonable, tal y como se estableció al inicio del presente subtítulo, pues no hay suficientes

pruebas que demuestren que efectivamente el señor **F.A.P** haya inducido a la señora a realizar dicha conducta tal y como lo exige el tipo penal de concusión y como fue establecido por la Corte Suprema de Justicia. Se concluye que el disciplinado, no logró infundir en la quejosa el temor necesario para la configuración del injusto denominado como el “metus publicae potestatis” o miedo al poder público, pues del material probatorio allegado al plenario se vislumbra que la quejosa con el ánimo de solucionar el inconveniente presentado en el proceso de nacionalización de la mercancía, no acudió a las instancias oficiales de la DIAN sino que de manera informal procedió a contactar intermediarios para que la ayudasen a Cambio de una contraprestación económica.

Por último, en torno a la ilicitud sustancial y la culpabilidad, en el caso concreto, encuentra el ad quem, que luego de un análisis de tipicidad del delito de concusión, no es posible establecer que la conducta del disciplinado se encuentre enmarcada dentro de dicho delito. Por tanto, se estableció que la conducta es atípica y teniendo en cuenta que la tipicidad permite hacer con posterioridad un juicio de reproche, la misma no merece análisis en sede de antijuridicidad ni culpabilidad, ya que no se entiende verificado el primer elemento de la responsabilidad disciplinaria.

(...)

En torno al cuestionamiento de la recurrente sobre las contradicciones incurridas por **G.E.P**, encuentra esta segunda instancia que en la queja inicial interpuesta el 12 de febrero de 2016 ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia, la quejosa omitió poner en conocimiento la supuesta entrega de dinero efectuada al disciplinado **F.A.P**, para ayudarla a solucionar el problema presentado en la adulteración de la declaración de importación.

(...)

El mencionado dato contradictorio no es de carácter insubstancial ni mucho menos que haya obedecido a causas razonables como un olvido parcial, pues el hecho de que con anterioridad a la interposición de la queja haya conocido personalmente al disciplinado **F.A.P**, a quien según su relato le entregó Suma de dinero, es una razón de peso para que hubiese hecho mención de ello en su queja inicial. En consecuencia, no encuentra el Despacho justificación razonada por la cual la quejosa, haya omitido manifestar en su queja inicial la conducta delictiva supuestamente cometida por el disciplinado, teniendo en cuenta la connotación y la gravedad del hecho, el cual por su transcendencia no suele pasar por desapercibido. A ello se suma que de las pruebas allegadas al plenario se estableció que el contacto entre la quejosa y el investigado, no fue ocasional sino que por el contrario existió entre ellos contacto telefónico continuo por un plazo de tiempo aproximado de quince (15) días, tal como se acreditó en la certificación emitida por la compañía de telefonía celular TIGO en la cual se reflejó registro de las llamadas entrantes y salientes de las líneas celulares pertenecientes a los mencionados.

En cuanto a las declaraciones juramentadas rendidas por la quejosa, en las cuales hizo alusión a la entrega de suma de dinero al disciplinado **F.A.P**.

(...)

se advierte la falta de precisión y claridad al momento de relatar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el encuentro con el disciplinado, si se tiene en cuenta que la declarante inicialmente relató su desplazamiento al edificio Conecta donde se encuentran ubicadas la oficinas de la DIAN en compañía de **W.A.P** y **R.G.G**, y en el siguiente relato de manera contradictoria manifestó que asistió con su trabajadora **L.M.H.C**, con quien se ubicó en una cafetería del primer

piso y que luego llegó **R.G.G** junto con el disciplinado, aspecto de relevancia para efecto de ponderar la credibilidad y firmeza de la prueba testimonial cuyo análisis fue pasado por alto por el a quo quien se delimitó a indicar que se trataba de un testimonio coherente sin fundamentar dicha conclusión. Continuando con la mencionada reunión, el testigo **W.A.P**, en declaración juramentada, no hizo alusión a la presencia de **L.M.H.C** como lo había afirmado la quejosa en su relato rendido el 14 de febrero de 2018.

(...)

Encuentra este Despacho que el relato de **L.M.H.C**, contiene inexactitudes en la línea de tiempo de ocurrencia de los hechos objeto de investigación que le restan credibilidad, si se tiene en cuenta, que en declaración rendida el 14 de febrero de 2018, ante la Subdirección de Investigaciones disciplinaria de la Agencia ITRC; sobre el encuentro de la quejosa con el disciplinado manifestó que acompañó a su jefe, en febrero o marzo de 2016, fecha que resulta ser inconsistente e inexacta con las circunstancias de tiempo que rodearon los hechos que se investigan, teniendo en cuenta, que el problema en el proceso de nacionalización de la mercancía por los cuales la quejosa procedió a buscar intermediarios se presentaron en septiembre de 2015. Sumado a ello, contrario a lo sostenido por la quejosa no hizo mención de la presencia de **W.A.P** en la reunión.

Por lo anteriormente expuesto, se tiene que contrario a lo sostenido por el a quo sobre la eficacia de los testimonios de cargo en mención, encuentra la segunda instancia contradicciones sustanciales que recaen sobre aspectos principales de sus relatos, circunstancia que impide conferirles mérito y credibilidad, haciendo inexistente la comisión de la conducta punible de Concusión objeto de atribución. Por último y no menos importante, es que el disciplinado no tenía asignada la investigación adelantada por la DIAN Seccional Bogotá, contra la Agencia de Aduanas **A.LTDA** por la presunta adulteración de la declaración de importación, de manera que le permitiera tener control y tomar decisiones sobre las actuaciones realizadas tendientes a evitar una sanción.

(...)

Así las cosas, contrario a lo manifestado por el a quo sobre la intervención que podía tener el disciplinado **F.A.P** en el proceso de levante de la mercancía de propiedad del importador **A.SAS**, así como en la investigación adelantada en la División de Gestión de Fiscalización de la Seccional Bogotá contra la Agencia de Aduanas, para esta segunda instancia resulta dubitativa e inconvincente atendiendo de un lado, la complejidad del proceso que debe adelantarse ante varias dependencias para el retiro de una mercancía y de otro, que el investigado no tenía acceso a la investigación adelantada por la adulteración de la declaración de importación.

Otras determinaciones: En atención a las presuntas irregularidades reprochables desde el punto de vista penal en que pudieron incurrir la señora **G.E.P** y **L.M.H.C**, frente al trámite extraoficial adelantado con ocasión del problema de nacionalización de la mercancía de propiedad de la empresa **A.SAS** amparada en la declaración de importación, este Despacho ordena compulsar copias de esta providencia y de las piezas procesales pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación para un eventual inicio de las investigaciones de rigor conforme a su competencia.

4. RESUELVE - 2° INSTANCIA

PRIMERO: REVOCAR de manera integral el fallo proferido el 7 de diciembre de 2018, por la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, a través del cual impuso

sanción de Destitución e Inhabilidad General por el término de diez (10) años al disciplinado **F.A.P** y en su lugar **ABSOLVERLO** de responsabilidad disciplinaria.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los sujetos procesales de conformidad con las previsiones legales.

TERCERO: Compulsar copias de esta providencia y de las piezas procesales pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

CUARTO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.