

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2017-113
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	J.J.A.H – J.E.A.R
- CARGO:	Gestor I Código 301, grado 01 de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas. Gestor III, código 303, grado 03 de la División de Gestión de Asistencia al Cliente.
- ENTIDAD:	DIAN Montería
- CIUDAD:	Montería
- TEMA:	El punible de Falsedad Material Documento Público y el hecho punible de concusión.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

El origen de la presente investigación tiene sustento en la queja interpuesta el 26 de mayo de 2017, por la Directora de la DIAN Seccional Montería ante la Subdirección de Gestión de Control Interno Disciplinario os la DIAN Bogotá, en la cual puso de presente la presunta irregularidad cometida por el funcionario **J.J.A.H**, vinculado para la época de los hechos como Gestor I de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, quien al parecer el 17 de mayo de 2017, radicó ante la entidad bancaria Bancolombia un comunicado, en el cual se ordenó el desembargo de las cuentas del contribuyente **F.SAS**.

indicó la quejosa que el mencionado documento de desembargo no fue firmado ni proferido por **J.L.A.L**, quien pada ese entonces, fungía como Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Montería, funcionario en quien recaía la competencia para levantar el desembargo sobre los bienes de los contribuyentes, motivo por el cual la quejosa el 18 de mayo de 2017, solicitó a Bancolombia hacer caso omiso a dicho documento de desembargo y mantuviera en firme las medidas cautelares de las cuentas del contribuyen **F.SAS**.

Agregó la quejosa que el 26 de mayo de 2017, se presentó en su Despacho el mencionado funcionario **J.J.A.H**, quien manifestó haber sido la persona que elaboró el documento de desembargo y según su dicho lo realizó por amenazas contra su vida sin determinar con claridad de quién provenían las mismas; como consecuencia de ello, la Directora de la DIAN Seccional

Montería, en la mencionada fecha formula denuncia contra el disciplinado por el punible de Falsedad Ideológica en Documento Público.

Sobre el particular, en la queja que dio origen a la presente investigación se señaló: "(...) El funcionario refiere que antes de la ocurrencia de los hechos presuntamente ilícitos fue abordado supuestamente por el representante legal de **F.SAS** quien le ofreció una suma de dinero para hacer el documento falso para el levantamiento de la medida cautelar, pero que él le indicó que eso no era legal, que luego de ello nuevamente lo abordaron unos sujetos y que mediante la intimidación la forzaron a realizar la conducta punible y que eso fue la razón por la cual el accedió (...)".

Reseña procesal

1. Ante la presunta realización de conductas vulneradoras de bienes jurídicos protegidos en la Legislación Penal, mediante auto número se remitió por competencia la queja disciplinaria a la Subdirección Técnica de investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.

2. En atención a la finalidad establecida en el artículo 150 del Código Disciplinario Único el 22 de junio de 2017, se profirió auto de Indagación Preliminar contra **J.J.A.H**, en su condición de Gestor I, Código 301, grado 01 de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Montería; en dicha decisión se ordenó la práctica de pruebas documentales y declaraciones juramentadas.

3. El 14 de septiembre de 2017, se deprecionó el testimonio de **Y.F.M.L**, representante legal de **F.SAS**, quien manifestó que cuando se trasladó a la DIAN Montería para averiguar sobre el embargo de la cuenta que tenía en Bancolombia, el funcionario de la DIAN Seccional Montería **J.E.Á.R**, le solicitó una suma de dinero con el fin de ayudarlo con el desembargo de las cuentas bancarias de su empresa, agregó que tuvieron contacto telefónico durante el cual el funcionario le informó que había conseguido el desembargo y que lo habla radicado en el banco.

4. A través de auto interlocutorio el 24 de octubre de 2017, la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, vinculó formalmente a **J.E.A.R**, en calidad de Gestor III, código 303, grado 03 de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Montería.

5. El 7 de diciembre de 2018, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC emitió fallo sancionatorio de primera instancia y declaró la responsabilidad de los investigados frente a los cargos formulados. Efectuada la lectura del fallo el apoderado de los disciplinados interpuso recurso de apelación.

6. El 21 de marzo de 2019, la Dirección General de la Agencia de manera oficiosa declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto que citó a audiencia el 13 de diciembre de 2017, al considerar que la conducta endilgada al disciplinado **J.E.A.R** no encuadra en la descripción típica imputada por el a quo referida al delito de Falsedad Ideológica en Documento Público, sino en el delito de Falsedad Material en Documento Público. Para arribar a lo anterior, el fallador de segunda instancia consideró que probatoriamente se encuentra acreditado que el documento de desembargo de las cuentas bancarias del contribuyente contenido de falsedad aparece suscrito por el funcionario **E.S.C.D**, quien realmente no lo elaboró; toda vez, que en el dictamen pericial de grafología emitido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, se estableció que la firma contenida en el documento de desembargo procedía del disciplinado

J.J.A.H

7. En Cumplimiento de la declaratoria oficiosa de nulidad, el 24 de julio de 2019 la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC formuló a los disciplinados los siguientes cargos: **J.J.A.H.**, se le endilgó la falta disciplinaria contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 "(...) al realizar objetivamente una conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, concretamente el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, "el que falsifique documento público que pudo servir de prueba", al presuntamente haber falsificado materialmente el documento pública "COMUNICADO DE DESEMAPGO", mediante el cual se pretendía el desembargo de las sumas de dinero del contribuyente **F.SAS.** consignadas en las cuentas bancarias de la entidad Bancolombia dado que, abusando del cargo por él ejercido, elaboró y suscribió el referido documento, que radicó personalmente ante la sucursal bancaria (...)"

J.E.A.R., se le endilgó la falta disciplinaria contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, "(...) cuando abusando de su cargo, al parecer realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, comportamiento que en este caso corresponde al hecho punible de CONCUSION consagrado en el artículo 404 del Código Penal, que se concretó en cuanto al parecer en los primeros días del mes de mayo de 2017, se solicitó al señor **Y.F.M.L** la suma XXX, como contraprestación por facilitarle el desembargo de las cuentas a nombre de su empresa, que la DIAN había embargado como medida cautelar dentro del expediente (...)"

8. Agotado el periodo probatorio y agotado el traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión, el 2 de marzo de 2020, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en audiencia pública emitió fallo sancionatorio a través del cual declaró responsable disciplinariamente a **J.J.A.H** y **J.E.A.R.**, frente a los cargos imputados por la presunta comisión de los delitos de Falsedad Material en Documento Público y Concusión, respectivamente. Como consecuencia de ello, "impuso a **J.J.A.H.** sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de quince (15) años y a **J.E.A.R.**, destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de catorce (14) años.

9. Contra la mencionada decisión el abogado defensor en audiencia pública interpuso recurso de apelación y solicitó receso para la sustentación. El 3 de marzo de 2020, se reanudó la audiencia verbal en la cual el apoderado de los disciplinados sustentó el recurso de apelación contra el fallo sancionatorio de primera instancia, actuación ante la cual el o quo en el acta de celebración de audiencia indicó: "(...) se concede el uso de la palabra al apoderado de la defensa para sustentar el recurso de apelación interpuesto el día de ayer 2 de marzo. Una vez realizado, se otorga con destino a la segunda instancia, para lo cual el original del expediente será remitido al despacho correspondiente por porte de la Secretaría Técnica, precisando a segunda instancia que se encuentra pendiente de resolver en efecto diferido la decisión que niega la practica de pruebas en descargos, realizado en audiencia de fecha 2 de septiembre 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 de primera instancia proferido el 2 de marzo de 2020, por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en atención a las presuntas irregularidades constitutivas de faltas disciplinarias originadas con la elaboración irregular del comunicado de desembargo de 17 de mayo de 2017, radicado en la entidad bancaria

Bancolombia, contenido de una supuesta solicitud de desembargo de las sumas de dinero del contribuyente **F.SAS**.

(...)

En aras de imprimirle claridad y orden a los argumentos del Despacho, de manera previa se entrará a revolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de confianza de los disciplinados contra la decisión de negativa parcial de práctica de pruebas de descargo adoptada en audiencia pública de 2 de septiembre de 2019 y posteriormente se analizarán los argumentos defensivos contenidos en el recurso de apelación presentado contra el fallo sancionatorio de primera instancia.

Del recurso de apelación interpuesto contra la negativa parcial de pruebas solicitadas por la defensa en etapa de descargos.

En el término de traslado para presentar descargos previsto en el artículo 177 del Código Disciplinario Único al apoderado de los disciplinados presentó sus peticiones probatorias, las cuales fueron negadas parcialmente por el operador disciplinario de primer grado en atención a los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

(...)

Contra la decisión denegatoria de las precitadas pruebas, la defensa interpuso recurso de apelación cuyos argumentos se encuentran contenidos en el acta de celebración de audiencia suscrita el 2 de septiembre de 2019, de la cual se transcriben los apartes que corresponden al objeto de la impugnación:

"(...) Los videos de Bancolombia no han sido observados por lo defensa, se debe conceder traslado para su derecho de contradicción. El defensor no tiene el programa para del video. se insiste en el testimonio de Florentino Sánchez, pues se desea desvirtuar lo dicho por **M.L**. De igual se insiste en el testimonio del subdirector de investigaciones disciplinarias y su secretaria, pues tiene conocimiento de las irregularidades presentadas en el expediente. Se insiste en la declaración del Gerente de Bancolombia que busca demostrar si el presunto autor de la conducta es el investigado. Va aclarar el procedimiento y protocolos de desembargo de las cuentas. Dará información sobre la forma de obtención del video. Insiste en oficiar a las Notarías y Registraduría para obtener el Registro civil de los hijos de señor **J.E.A**, pues la carga de la prueba está en el estado.

Insiste en que se oficie a las empresas de telefonía móvil sobre la titularidad de las líneas Telefónicas directamente por la Agencia no por la Procuraduría General de la Nación. Solicito se conceda la prueba relacionada con la exhibición del celular del cual se extrajeron las conversaciones de WhatsApp, pues fueron manipuladas y direccionadas en el dicho de sus defendidos y obtenidos en contra de lo voluntad del representante legal de **F.SAS** (...)"

En torno a la solicitud de práctica de pruebas por parte de los sujetos procesales, el artículo 132 del Código Disciplinario Único establece que: "Serán rechazadas los inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente".

(...)

Por su parte, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a:

- **Pertinencia.** Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso, consiste en la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste.
- **Conducencia.** Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho.
- **Oportunidad.** El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales.
- **Utilidad.** Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. consiste en que las pruebas allegadas al proceso deben prestar algún servicio al mismo en el sentido de que conduzca a la convicción del juez, de tal manera, que si una prueba que se pretende aducir no tiene ese propósito, debe ser rechazada de plano.
- **Licitud.** Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.

En cuanto a los requisitos intrínsecos del medio probatorio se advierte que además de cumplir con los requisitos de utilidad, conducencia y pertinencia deben cumplir con las exigencias impuestas para cada uno de estos, de lo cual se colige, que si bien es cierto, en principio las partes deben gozar de libertad para aducir al proceso todas las pruebas que se consideren útiles para la defensa de su causa, también lo es que esa libertad debe estar condicionada a la observancia de los principios que informan la práctica de las pruebas. En ese orden de ideas y con base en los criterios jurídicos descritos en precedencia para esta instancia resultan de recibo los argumentos expuestos por el a quo en el ámbito de su competencia para negar y desestimar parcialmente la solicitud probatoria. en razón a las siguientes considerarnos:

Con relación a la prueba referida al video de las cámaras de seguridad de Bancolombia se advierte que la primera instancia, con observancia del principio de lealtad procesal, ha informado a la defensa sobre su decreto de manera oportuna y en las oportunidades procesales pertinentes, de tal manera que el apoderado de los investigados ha tenido el conocimiento de su práctica, el acceso y la oportunidad de controvertirla en aras del efectivo ejercicio de contradicción probatoria, máxime cuando dicha prueba sirvió de sustento para la formulación de cargos imputada al disciplinado **J.J.A.H.** Sumado a ello, téngase en cuenta, que el a quo en reiteradas oportunidades facilitó a la defensa el acceso real al aludido medio probatorio, mediante la entrega del disco compacto CD y el instructivo para su correcta visualización.

De las actuaciones surtidas con ocasión de la mencionada prueba filmica, se observa que tanto el decreto, la práctica e incorporación al plenario se efectuó dentro de los términos y etapas procesales pertinentes, garantizándose por parte del operador disciplinario de primer grado las garantías al debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos procesales.

(...)

- En audiencia pública celebrada el 22 de enero de 2018, la defensa solicitó tener acceso al video de las cámaras de seguridad del banco, petición que fue resuelta por el operador de primera instancia. Subsidiariamente se interpuso recurso de apelación.
- Posteriormente en audiencia de 15 de noviembre de 2018, la defensa interpuso nulidad alegando violación del derecho de defensa y contradicción, solicitud que fue negada por el

a quo, negativa impugnada a través del recurso de reposición, el cual se resolvió de la siguiente manera: "(...) se resuelve el receso de reposición respecto al video de Bancolombia se entregará copia nuevamente con el instructivo respectivamente para su visualización y se repone la decisión (...)".

- El 21 de marzo de 2019, se declaró de manera oficiosa la nulidad de la actuación disciplinaria a partir del auto que citó audiencia, haciendo la salvedad que dicha decisión no invalida las pruebas que fueron allegadas y practicadas legalmente.
- Como consecuencia de dicha declaratoria se repuso el trámite del proceso y en audiencia del 2 de septiembre de 2019, nuevamente la defensa alegó nulidad de la actuación, no obstante ante la negativa del despacho de decretar la nulidad, el apoderado presentó recurso de reposición en el cual manifestó la supuesta omisión del a quo de pronunciarse sobre los videos de seguridad , situación ante la cual la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC "(...) es preciso señalar que dentro de las peticiones de nulidad no se refirió al apoderado de las grabaciones o videos de los cámaras de seguridad del Banco Bancolombia, razón por la cual no es de recibo su incorporación en este momento procesal por cuanto las etapas son preclusivas (...)", Como consecuencia de ello, la primera instancia concluyó que dicha prueba fílmica fue incorporada legalmente a la actuación.

Del recuento procesal efectuado se observa que la solicitud de la defensa no tiene vocación de prosperidad, toda vez, que ha tenido la oportunidad de conocer la prueba fílmica, estudiarla, analizarla y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva, motivo por el cual su práctica en esta instancia deviene superflua.

En lo que respecta a los testimonios de **F.S**, **A.M.P** y su secretaria, en sus calidades de funcionarios de la Agencia ITRC, observa el Despacho que la solicitud presentada por la defensa no reúne los requisitos previstos en el artículo 212 del Código General del Proceso, aplicable a este proceso conforme al principio de integración normativa establecido en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, toda vez, que se omitió enunciar sucintamente el objeto de la prueba, información imprescindible para decidir la procedencia del decreto y práctica de tales diligencias, da lo cual resulta claro que si el investigado no ha sustentado lo que pretende demostrar con la prueba solicitada, surge para el operador jurídico el deber de negarla, en la medida en que no le es posible analizar su conducencia, pertinencia y utilidad para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

Así las cosas, no es claro para el despacho la finalidad de las pruebas testimoniales solicitadas por la defensa, toda vez, que en la alzada respecto al testimonio de **F.S**, de manera ambigua e inconcreta se limitó a indicar que "desea desvirtuar lo dicho por **M.L**", omitiendo precisar cual o cuales aspectos de las distintas intervenciones efectuadas por el declarante **Y.F.M.L**, en su condición de representante legal de la empresa **F.SAS**. son las que persigue desvirtuar".

(...)

En cuanto a la acreditación del procedimiento y protocolo de desembargo de las cuentas bancarias resulta impertinente, como quiera, que en el proceso bajo estudio no es objeto de cuestionamiento el trámite que debe adelantarse para efecto del desembargo de cuentas bancarias, pues se reitera que en el caso bajo estudio, lo que se reprocha es la falsedad plasmada en el comunicado, en el cual se ordenó el desembargo de las cuentas del contribuyente **F.SAS**. En el mismo sentido, se pronuncia el Despacho en lo relacionado con la forma de obtención del video de las cámaras de

seguridad, toda vez, que está probado que fue entregado y aportado a la investigación por la entidad bancaria mediante oficio de 6 de septiembre de 2017, motivo por el cual esta instancia confirma la negativa probatoria.

(...)

Con relación a la solicitud de oficiar a las empresas de telefonía celular con el fin de certificar las líneas telefónicas a nombre de los investigados, se observa que la primera instancia accedió a dicha práctica para lo cual se apoyó en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, tal como se encuentra acreditado, donde milita la solicitud efectuada mediante oficio ITRC de 20 de septiembre de 2019, así como la respuesta contentiva del apoyo técnico remitida a la Agencia ITRC mediante escrito de 18 de diciembre de 2019 ”.

No obstante, en el acta de celebración de audiencia se anotó que la defensa: "insiste en que se oficie o las empresas de telefonía móvil sobre la titularidad de las líneas telefónicas directamente por la agencia no por la Procuraduría General de lo Nación". Sobre el particular, es de anotar que la práctica del citado informe técnico emitido por la Dirección Nacional de investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, se efectuó amparado en las atribuciones de policía judicial prevista en el artículo 148 de la Ley 734 de 2002, previo análisis y ponderación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en atención a la información personal protegida por el derecho a la intimidad y el habeas data.

(...)

Por consiguiente, esta instancia niega la solicitud elevada por el apoderado de los disciplinados, como quiera, que dicha prueba fue allegada y practicada legalmente por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de sus atribuciones de policía judicial, sumado a que la defensa no cumple con la carga de motivar siquiera de manera concisa d por qué la información debe ser solicitada directamente por la Agencia ITRC.

Finalmente, en cuanto al traslado del celular del cual fueron extraídas las imágenes consideradas en el proceso para su derecho de contradicción, este Despacho considera que no es conducente su práctica, toda vez, que el medio probatorio no es el celular sino la conversación de WhatsApp, la cual fue extraída del dispositivo móvil del declarante **Y.M.L**, en diligencia juramentada decretada mediante auto del 24 de octubre de 2017 y comunicada previamente a los sujetos procesales para el efectivo ejercicio del derecho de contradicción probatoria, observándose además que dicho procedimiento quedó evidenciado por parte del o quo en el acta de extracción de imágenes suscrita el 22 de noviembre de 2017.

Por todo lo expuesto y en observancia de los principios que orienta la petición probatoria, este Despacho se pronunciará confirmando la decisión de la primera instancia sobre la negación de estas pruebas.

Análisis del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los disciplinados contra la decisión sancionatoria proferida en audiencia pública el 2 de marzo de 2020.

De acuerdo con los motivos de disenso del apelante el planteamiento a estudiar se enfoca en el análisis de legalidad de las pruebas allegadas en el curso del proceso disciplinario, en atención a los diferentes cuestionamientos planteados por la defensa en torno a la incorporación, autenticidad,

validez y el juicio de valoración probatoria efectuado por el o quo con base en el cual cimentó la decisión sancionatoria objeto de impugnación, con el fin de establecer la presunta vulneración del derecho al debido proceso y derecho de defensa de los sujetos procesales.

Se observa que el fallador de primer grado la estructuró probatoriamente en las declaraciones juramentadas rendidas ante la Subdirección de Investigaciones de la Agencia ITRC, por **M.M.F, J.L.A.L**, funcionarios de la DIAN Seccional Montería, así como en el informe técnico Grafológico elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y el video de las cámaras de seguridad por el establecimiento de comercio Bancolombia, medios probatorios que condujeron a la certeza sobre la existencia del comportamiento enjuiciado y la responsabilidad del investigado.

(...)

Sobre ese punto la defensa dirige su planteamiento a desvirtuar la existencia de la precitada reunión, motivo por el cual le resta credibilidad a lo afirmado por la mencionada funcionaria, la califica como falso y contrario a la realidad. Sobre el particular, este Despacho le otorga alto grado de credibilidad y convicción a las declaraciones juramentadas rendidas por **M.M.F**, entonces Directora de la DIAN, las cuales a pesar de haberse rendido en momentos procesales distintos guardan coherencia y similitud en la reconstrucción histórica de lo ocurrido, concretamente sobre la reunión sostenida el 26 de mayo de 2017, con **J.J.A.H**, en el despacho de la Dirección Seccional en la cual el disciplinado reconoció la elaboración del comunicado de levantamiento de medida cautelar con contenido contrario a la realidad por presuntas amenazas recibidas en su contra.

(...)

Lo manifestado por la precitada declarante bajo la gravedad del juramento, se encuentra corroborado por otros medios de prueba que acreditan la veracidad de su relato, es así como obra en el plenario oficio radicado de 26 de mayo de 2017, contenido de la queja que interpuso ante la Subdirectora de Gestión DIAN Bogotá, en la cual puso de presente los hechos cuestionados y el acta de visita administrativa practicada el 22 de noviembre de 2017, por Un funcionario de la Agencia ITRC en la Oficina de la Fiscalía General de la Nación Seccional Montería en la cual, previa consulta de la frase de datos, se constató que contra el disciplinado, existe denuncia de la Fiscalía Primera de Patrimonio Económico por el delito de Falsedad en Documento Público.

Sumado a lo anterior, encuentra esta instancia que los relatos expuestos por **M.M.F**, además de no presentar contradicciones internas, guardan correspondencia y coincidencia con las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por el entonces Jefe de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Seccional Montería, **J.L.A.L**, es así como el 9 de agosto de 2017, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, relató las circunstancias de tiempo, modo y lugar de realización de la conduce objeto de estudio, indicando: "(...) días después me manifestó la directora que un funcionario había hablado con ella indicándole que el servidor **J.J.A.H**, necesitaba reunirse con ella para hablar sobre el caso **F.SAS**, por lo que la directora seccional me cita y de igual manera cita al funcionario quién en esa reunión nos manifiesta que fue él quien realizó y radica el oficio falso el 17 de mayo de 2017, en razón según a unas presuntas amenazas que habían hecho en su contra a lo cual le indagamos que se habían interpuesto las habían hecho en su contra a lo cual le indagamos que se habían interpuesto las denuncias. A lo que el manifiesto que había interpretado denuncia no lo iba a ver por el tipo de personas que presuntamente lo habían amenazado (...)"

En diligencia de testimonio llevada a cabo el 20 de febrero de 2018, ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia el apoderado de los investigados lo interrogó quedando constancia así: "(...) Tal como se indicó en otra oportunidad, en esa reunión básicamente lo doctora me llamó porque iba a tener una reunión con el funcionario **J.J.A.L** quien es servidor del área donde estoy asignada como jefe, una vez en el despacho de la directora los tres, el señor se le da el uso de la palabra y es el quien manifiesta que había elaborado el documento denominado COMUNICADO DE DESEABARGO que obviamente era un documento falso, digamos nos explicó se trató por una situación de amenaza contra su vida, pero que en efecto él había incurrido en esa conducta, recuerdo que en ese momento de la conversación le manifestó que si había interpuesto las denuncias, a lo que me respondió que no es ese momento, y yo volví u interpelar, recuerdo, y le manifestó que si a mí me ocurre algo así yo interponga lo denuncio inmediatamente. La reunión continua y se le manifestó al funcionario que teniendo en cuenta la situación grave que se había presentado y toda vez que estaba frente o uno presunta conducta punible de falsedad en documento público, correspondía a la Director Seccional poner en conocimiento de los autoridades correspondientes la situación irregular, dado que el mismo nos puso en conocimiento a nosotros, que había llevado o cabo esa conducto de falsificar un documento público (...)”

(...)

Bajo los parámetros anteriores, esta instancia resalta el grado de uniformidad y coincidencia existente entre los relatos rendidos bajo la gravedad del juramento por los funcionarios de la DIAN Seccional Montería, **M.M.F** y **J.L.A.L**, circunstancias que permiten conferirles mérito y credibilidad en torno a la comisión de la conducta punible de Falsedad Material en Documento Público atribuida al disciplinado **J.J.A.H**, en razón a lo siguiente:

En torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la conducta constitutiva de falta disciplinaria, de manera unánime declararon sobre la percepción directa que tuvieron sobre los hechos, concretamente sobre la manifestación efectuada por el investigado, sobre su autoría en la realización y radicación el 17 de mayo de 2017 del documento falsa.

Se evidencia una narración clara y detallada del contexto en que les fue transmitido el hecho irregular. Nótese que los declarantes indicaron con suficiencia y firmeza cómo y cuándo se enteraron de la radicación del comunicado de desembargo en Bancolombia, informaron las acciones que desplegaron ante dicho establecimiento de comercio para dejar sin efecto el levantamiento de la medida cautelar sobre las cuentas bancarias del contribuyente **F.SAS**, precisaron de forma unánime el contexto el que se llevó a carta la reunión con el investigado, los términos en que éste se refirió a la conducta objeto de reproche, dieron a conocer los motivos aducidos por el disciplinado para obrar de dicha forma, pusieron de presente las acciones legales que finalizaron con la interposición de la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, Seccional Montería y la queja presentada ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la DIAN.

Obsérvese cómo los citados declarantes representaron los hechos mediante sus palabras de forma tal que el operador disciplinario pudo percibir y conocer los acontecimientos concretos, los relatos ofrecidos son de primera mano porque la percepción proviene directamente de la fuente de conocimiento debidamente individualizada, ambos deponentes narraron en detalles las circunstancias que rodearon ese episodio, exposiciones que por su concordancia y solidez permiten

establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido y corroborar en grado de Certeza sobre la existencia de la mencionada reunión.

Así las cosas, esta instancia se aparta de la crítica de la defensa quien tilda de falsas y contrarias a la realidad las manifestaciones efectuadas por la Directora de la DIAN Seccional Montería, acerca de la autoría del documento falso conforme a lo afirmado por el disciplinado, en la citada reunión llevada a cabo en el Despacho de la Seccional, toda vez que sus aseveraciones no solo coinciden y compaginan con lo relatado por **J.L.A.L.**, sino que cuentan con amplio respaldo en los demás medios de prueba se precisará más adelante, lo cual le otorga suficiente credibilidad y firmeza en su apreciación.

(...)

Sobre la presunta retaliación que a juicio del recurrente ejerció **M.M.F** contra el disciplinado por haber presentado una queja contra **J.L.A.L.**, por la irregular en que había sido nombrado, encuentra este Despacho que es una simple apreciación de la defensa carente de respaldo probatorio, como quiera que en su línea defensiva se limita a hacer mención de la supuesta represalia omitiendo soportar su argumento a través de medios probatorias para efecto de ponderarlos y analizarlos de cara al debate probatorio surtido en el trámite del proceso.

En ese mismo sentido, se pronuncia el Despacho respecto a la afirmación emitida por el disciplinado consistente en que se desplazó a las instalaciones de Bancolombia, toda vez, que su jefe **J.L.A.L.**, le solicitó llevar un documento, el cual le entregó en sobre cerrado afirmando desconocer el contenido del mismo, argumento que probatoriamente resulta inconvincente, trivial y se desvirtúa con el resultado de la prueba técnica grafológica efectuada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

(...)

Ahora bien, el recurrente alega que la prueba técnica grafológica carece de validez jurídica, es inexistente y debe ser rechazada de plano. Para sustentar dicha tesis efectúa el siguiente recuento cronológico referente al mencionado medio probatorio:

- Mediante auto del 24 de octubre de 2017, la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia de manera oficiosa ordenó la práctica de la experticia grafológica.
- Posteriormente el 13 de diciembre de 2017, desistió de la práctica de la referida prueba técnica, decisión que fue impugnada mediante la interposición del recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante auto del 7 de marzo de 2018, a través del cual se revocó la negativa probatoria y como consecuencia de ello se ordenó la práctica de la precitada prueba grafológica.

Para el efecto, el 16 de abril de 2018, la Agencia ITRC solicitó apoyo técnico a la Dirección Nacional de las investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación para la realización de la mencionada prueba, la cual se realizó con base en el auto proferido.

(...)

Sobre el asunto en Comento, es de precisar que de la literalidad del informe técnico grafológico en comento no se observan irregularidades que conlleven a la inexistencia o invalidez jurídica de la prueba como equívocamente lo argumenta la defensa, toda vez que dicho medio probatorio fue elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, con base en el auto que ordenó su práctica proferido por la primera instancia el 24 de octubre de 2017, acto administrativo de 24 de octubre de 2017, trámite cuestionado por la defensa

que ostenta plena validez jurídica y procesalmente se encuentra vigente, si se tiene en cuenta, que la decisión por medio de la cual el o quo desistió de la referida prueba técnica quedó sin efecto jurídico en virtud de la potestad revocatoria ejercida por la segunda instancia, Despacho que mediante auto emitido el 13 de diciembre de 2017, ordenó la práctica de la precitada prueba grafológica.

(...)

De otro lado, esta instancia desestima los cuestionamientos del recurrente sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales por la valoración de imágenes contenidas en los vídeos de las cámaras de seguridad de la sede de Bancolombia Montería, que según su criterio, son de carácter privado y versan sobre información personal razón por la cual solo puede ser obtenida por orden de autoridad competente en el cumplimiento de sus funciones.

(...)

en relación con el derecho a la intimidad que se podría llegar a ver afectado en ciertos casos, se establece la necesidad de realizar una ponderación de los hechos traídos en el presente caso, teniendo en cuenta que los servidores públicos deben comportarse conforme a los deberes y obligaciones que el cargo les impone, como lo afirmó la Procuraduría General de la Nación en el 2015.

(...)

Si bien los servidores públicos deben ser respetados en lo que concierne a su órbita privada y bajo ninguna circunstancia puede ser sometida a la intervención del Estado ni a ningún tipo de intromisión, en el presente caso, se observa que del contenido captado por las cámaras de seguridad se puede inferir la posible realización de una falta disciplinaria, por ello no resulta ajeno su análisis, toda vez, que el contenido de la mencionada prueba está relacionado con situaciones que se llevaron a cabo en el marco del ejercicio de una función pública.

Sumado a ello, se equivoca la defensa cuando alude a que la información contenida en la prueba filmica es de carácter privado. Para la Corte Constitucional, la información privada es aquella que se encuentra en el ámbito propio del sujeto Concernido y, por ende, solo puede accederse por orden de autoridad judicial competente y en ejercicio de sus funciones. Entre dicha información se encuentran los libros de los comerciantes, los documentos privados, las historias clínicas, los datos obtenidos en razón a la inspección de domicilio o luego de la práctica de pruebas en procesos penales sujetas a reserva, entre otros.

En cuanto a los diferentes niveles de intimidad que se vinculan a determinados ámbitos y espacios la jurisprudencia de la citada corporación ha distinguido espacios semi- privados o semi - públicos en los cuales el nivel de protección de la intimidad y de otras libertades individuales, varía en cada caso, a saber: " (...) Espacios "intermedios" que tienen características tanto privadas como públicas, son los lugares de trabajo como las oficinas, los centros educativos como los colegios y las universidades, los restaurantes, los bancos y entidades privadas o estatales con acceso al público, los almacenes y centros comerciales, los cines y teatros, los estadios los juzgados y tribunales, entre otros. Dependiendo del lugar, se permitirá una mayor o menor injerencia por parte de particulares o autoridades del Estado"

(...)

Conforme a lo anotado, se tiene que, el contenido de los videos de las cámaras de seguridad de Bancolombia no corresponde a información privada, como quiera, que se ubican en espacio semi

público en donde existe flujo de personas y mayor libertad de acceso y movimiento, por lo cual las restricciones a la intimidad son tolerables por cuestiones de seguridad y por la mayor repercusión social de las conductas de las personas en dichos espacios

Así las cosas, comparte este despacho la valoración efectuada por el o quo en la providencia objeto de impugnación cuando determinó: "(...) Adicionalmente. Este Despacho cuenta con los videos de las cámaras de seguridad de la entidad bancaria Bancolombia en las cuales entre el minuto 3:12:22 y el minuto 3:14:50 se observa y se identifica por parte de la Directora Seccional de Montería al investigado, ingresando a dicho establecimiento con un sobre de manila en la mano, imágenes que al contraste con los datos registrados en el documento denominado "COMUNICADO DE EMBARGO" permiten inferir que en efecto dicho documento fue radicado por el investigado en la fecha y hora que registra el sello de recibido del Banco (...)".

Por otra parte, reprocha la defensa que con posterioridad al auto a través del cual se decretó la nulidad de la actuación disciplinaria el operador de primer grado omitió indicar la fecha de inicio del período probatorio ni cuando se cerraba su práctica, lo cual a su juicio conllevó a la no practica de pruebas. Sobre este alegato defensivo, sea lo primero aclarar que de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la Ley 734 de 2002, en torno a los efectos de la declaratoria de nulidad se prevé: "la declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente ".

(...)

Una vez agotado el periodo probatorio el 27 de febrero de 2020, se realizó audiencia pública, en la cual se dio traslado al recurrente para presentar alegatos de concusión, en los cuales de manera ambigua y confusa aduce que existen pruebas por practicar omitiendo precisar cuáles, apreciación que no comparte esta instancia toda vez que las pruebas testimoniales y documentales decretadas por la primera instancia fueron practicadas en su totalidad, tal como consta en relación de prueba y actas de audiencia llevadas a cabo el 23 y 24 de septiembre, 22 de octubre y 19 de noviembre de 2019.

(...)

así las cosas, contrario a lo sostenido de manera ambigua e imprecisa por el recurrente, observa esta segunda instancia que la práctica probatoria fue adelantada en su totalidad en observancia de las garantías y derechos de los sujetos procesales.

Por las razones expuestas precedentemente el Despacho procede a confirmar la decisión sancionatoria proferida por el o quo quien concluyó la existencia de la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48 numeral 1 en concordancia con el artículo Z87 referente al delito de Falsedad Material en Documento Público, endilgada al disciplinado **J.J.A.H**, al quedar probatoriamente demostrada su autoría y radicación de un documento de desembargo con contenido contrario a la realidad.

En torno a la presunta atribución de la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el Artículo 404 del Código Penal, atinente a la conducta punible de Concusión atribuida al disciplinado **J.E.A.R**, en su condición de Gestor III, Grado 03, Código 303 de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Montería, ésta segunda instancia procede a realizar un estudio sobre

los elementos del delito de Concusión, advirtiendo que este no alcanzó su configuración por ausencia de uno de los elementos constitutivos de la conducta punible.

Para arribar a dicha conclusión es necesario traer a colación las exigencias típicas contenidas en la descripción objetiva de la conducta reprochada la cual se encuentra consagrada en el artículo 404 del Código Penal.

(...)

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 temor es un resultado que debe estar presente en el sujeto pasivo para que pueda configurarse el delito de concusión.

(...)

Conforme a lo expuesto, se tiene que la ejecución de la conducta concusionaria en cualquiera de sus formas de ejecución, es decir constreñir, inducir o solicitar, requiere que exista el temor al poder público o miedo al poder público.

En el caso bajo estudio, se observa que la presunta exigencia dineraria indebida careció de aptitud para suscitar en la víctima **Y.F.M.L.**, en su condición de representante legal de la empresa, el "metus publicae potestatis", no logró infundir ese temor necesario para la configuración del injusto. Para alcanzar dicha apreciación el Despacho se basa en el relato rendido por **Y.F.M.L.**, quien en diligencia de declaración juramentada rendida el 22 de noviembre de 2017, al narrar la ilícita solicitud económica, agregó: "(...) posteriormente me pidió el número de teléfono donde el me llamo, me dijo que costaba XXX millones de pesos yo le dije que eran muy costosos que no tenia ese dinero que prefería abonarle ese dinero a la deuda de la DIAN, posteriormente como a los 8 días me escribió el señor me mando una doto del desembargo y me envió el número de cuenta de una señora, como n vi la firma del documento ni vi claridad de nada por eso no consigné ningún dinero (...)"

De la anterior, se colige ante la supuesta pretensión corrupta del funcionario investigado de la DIAN, el sujeto pasivo no experimentó el temor o el resultado psicológico, necesario para la materialización de la conducta punible endilgada, a tal punto que en sus diversas declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento afirmó no haber consignado la suma de dinero solicitada y prefirió abonarla a la deuda que tenía con la entidad, por lo tanto habrá de decirse, que el delito no alcanzó su configuración en la medida en que el resultado, esto es, la consecuente disposición del representante legal de la empresa contribuyente a ceder ante la exigencia indebida del disciplinado no se presentó.

así las cosas, concluye el Despacho que no es dable endilgar responsabilidad al disciplinado **J.E.A.R.**, en calidad de Gestor III, código 303, grado 03 de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Montería, ocasión de la presunta exigencia económica efectuada al representante legal del contribuyente **F.SAS** ante la ausencia de uno de los elementos constitutivos de la conducta punible de Concusión, esto es el sometimiento de la voluntad de la víctima a las pretensiones del agente corrupto, motivo por el cual el Despacho procederá a revocar la sanción disciplinaria impuesta por el fallador de primera instancia.

(...)

4. RESUELVE - 2° INSTANCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la negativa probatoria proferida por la Subdirección de investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC en audiencia efectuada el 2 de septiembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo proferido el 2 de marzo de 2020, por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en cuanto a la sanción de DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL de quince (15) años impuesta al disciplinado **J.J.A.H**, en su condición de Gestor I, Código 301, Grado 01 de la DIAN Seccional Montería, al encontrarse probada la responsabilidad por la falta disciplinaria.

TERCERO: REVOCAR la sanción de DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL de catorce (14) días impuesta al disciplinado J.E.Á.R, en su condición de Gestor III, Grado 03, Código 303 de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN Seccional Montería.

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