



**Unidad Administrativa Especial Agencia del
Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC**

CONCUSION / COHECHO IMPROPIO /ASESORAMIENTO ILEGAL

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48, NUMERAL 1.

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-083
Número y fecha del fallo:	Fallo No. 0006 del 31 de marzo de dos mil catorce (2014)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de segunda instancia confirmado.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por los abogados (XXX), en sus condiciones de defensores, respectivamente, de los procesados (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias, el pasado 17 de enero de 2014, dentro del expediente disciplinario 1704-01-2012-0083.

COMPETENCIA

La suscrita Directora General de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, es competente para resolver la presente impugnación, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011, en atención a las previsiones contenidas en los numerales 12 y 13 del artículo 3° del Decreto 00985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La presente actuación se originó en la queja instaurada por el ciudadano (XXX), el 16 de abril de 2010, La cual fue dirigida inicialmente ante la Presidencia de la República, entidad que direccionó dicho documento ante la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante comunicación datada el 27 de abril de 2010. Refirió el accionante dentro de su queja posibles irregularidades atribuibles a los funcionarios DIAN (XXX), quienes presuntamente solicitaron dinero al quejoso y su esposa, (XXX), dentro del trámite de aprehensión y posterior decomiso del vehículo de placas MDY147U, efectuado el 17 de junio de 2009, en un puesto de control ubicado en la vía que de Ocaña conduce al municipio de El Carmen Norte de Santander, en el lugar denominado Rio de Oro.

2.- Por los hechos relatados en el numeral precedente, la Coordinación de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN,



Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

dependencia que conoció inicialmente del caso, mediante auto datado el 21 de enero de 2011, dispuso la apertura de indagación preliminar en contra de los funcionarios (XXX). Esta decisión fue notificada personalmente a los implicados durante los días 8 y 4 de febrero de 2011, respectivamente. Ver fls.55 a 67 del c. o.

3.- Después de practicarse algunas pruebas testimoniales y habiéndose escuchado en versión libre a los implicados, el despacho instructor de conocimiento, mediante auto fechado el 21 de julio de 2011, dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de los servidores implicados, decretando adicionalmente la práctica de pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. Esta decisión fue notificada personalmente a los procesados el 26 de julio de 2011. Ver fls. 198 a 26 del c. o.

4.- Con auto del 3 de febrero de 2011 el funcionario instructor de primera instancia dispuso la prórroga de la investigación disciplinaria, por el término de tres meses, de conformidad con lo reglado en el inciso tercero del artículo 156 de la Ley 734 de 2002. Esta decisión se notificó personalmente a los procesados durante los días 16 y 20 de febrero del 2012. Ver fls. 248 a 277 del c. o.

5.- El 3 de abril de 2012 la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN ordenó remitir el presente expediente ante esta U.A.E., por competencia, razón por la cual el 4 de octubre del mismo año, la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias avocó el conocimiento del asunto. Ver fls. 300 a 303 del c. o.

6.- Con auto del 30 de enero de 2013 el funcionario a quo dispuso el cierre de la investigación disciplinaria, dando así aplicación al artículo 160 A de la Ley 734 de 2002. La notificación personal a los implicados se surtió el 12 de febrero de 2013, después de librarse despacho comisorio a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Valledupar. Ver fls. 343 a 352 del c. o.

7.- El mérito de la investigación fue evaluado mediante auto del 22 de marzo de 2013, a través del cual se formularon cargos contra los servidores investigados, por considerarlos presuntos responsables de incurrir en las faltas disciplinarias previstas en el artículo 48, numeral 1 del C. D. U. relacionadas con la realización objetiva de los punibles de concusión, cohecho impropio y asesoramiento ilegal, conductas cometidas a título de dolo, en concurso heterogéneo y sucesivo. El auto acusatorio fue notificado personalmente al disciplinado

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

(XXX)19 de abril de 2013. Los demás sujetos procesales se notificaron por Edicto, desfijado el 30 de abril del mismo año. Ver fls. 377 a 396 del c. o.

8.- Una vez recepcionados los memoriales de descargos de los procesados, los cuales fueron presentados por sus apoderados el 6 de mayo y el 16 de mayo de 2013, el operador jurídico de primer grado profirió el correspondiente decreto de pruebas, mediante auto calendado el 22 de mayo de 2013 Ver fls. 404 a 462 del c. o.

9.- Ante la negativa parcial o rechazo de pruebas, la defensa técnica de la procesada (XXX) interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto favorablemente por el fallador a quo, en decisión signada el 26 de junio de 2013. Ver fls 635 a 638 del c. o.

10.- Habiéndose cumplido la etapa probatoria del juicio, el funcionario a quo profirió el auto del 7 de noviembre de 2013, a través del cual corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión. Esta decisión fue notificada personalmente a los defensores de los acusados durante los días 8 y 19 de noviembre de 2013. El término de traslado respectivo se surtió entre el 21 de noviembre y el 4 de diciembre de 2013. Dentro de este lapso los defensores de los procesados presentaron sus escritos de alegaciones conclusivas. Ver fls. 1151 a 1155 del c. o.

9.- Con fecha 17 de enero de 2014 el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de esta UAE Agencia ITRC profirió el fallo de primera instancia, a través del cual declaró a los procesados responsables, disciplinariamente, de las faltas que fueron objeto de acusación. Como consecuencia de esta decisión impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 14 años, para el disciplinado (XXX), y 17 años para su compañera de acusaciones, la disciplinada (XXX). La defensora (XXX) fue notificada personalmente del fallo de primer grado el 27 de enero de 202014. Esta misma profesional presentó el 4 de febrero siguiente renuncia al poder conferido, la cual fue aceptada por el a quo el 12 de febrero de 2014. Los restantes sujetos procesales fueron notificados del fallo de primera instancia mediante edicto desfijado el 14 de febrero del año en curso. Ver fls. 1222 a 1269 del c. o. Con fecha 18 de febrero de 2014 los abogados (XXX), en representación de los servidores sancionados en primera instancia, presentaron y sustentaron recurso de apelación contra el fallo de primer grado, el cual fue concedido por el a quo, en el efecto suspensivo, el 3 de marzo de 2014, recibándose las diligencias en este despacho el 4 del mismo mes y año, para desatar la alzada. Ver fls. 1222 a 1408 del c. o.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

En el inicio y construcción del fallo apelado, el operador disciplinario de primer grado presentó en varios acápite un resumen de los hechos objeto de investigación, junto con el trámite procesal desarrollado. Adicionalmente, hizo concreción sobre la identificación de los servidores acusados y el empleo que desempeñaban al momento de los hechos. Sintetizó igualmente cada uno de los cargos que motivaron la acusación en contra de los procesados.

A continuación desarrolló el fallador un título dentro de la providencia, en el cual refirió y analizó cada una de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al investigativo, valorándolas positiva o negativamente, de acuerdo a su capacidad probatoria, relacionada con el objeto de prueba en el proceso. Fruto de este análisis probatorio, concluyó el autor del fallo apelado que los procesados son responsables de cometer la falta disciplinaria gravísima objeto de cargos.

Continuando con las consideraciones, incluyó el fallador un acápite, en el cual refirió y resolvió negativamente cada uno de los argumentos de defensa de los investigados, presentados a través de sus apoderados en los respectivos memoriales de descargos y alegatos conclusivos.

Haciendo referencia al aspecto jurídico del fallo, el funcionario a quo encontró cumplido el requisito probatorio para proferir un fallo sancionatorio, según el precepto legal consagrado en el artículo 142 del C. D. U. Lo anterior, en concordancia o armonía con los principios de legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad. Reiteró el fallador que las conductas desplegadas por los funcionarios procesados, (XXX), conforman un concurso heterogéneo y sucesivo de conductas penales, de cohecho impropio y asesoramiento ilegal, para la primera, y de concusión y asesoramiento ilegal, para el segundo de los nombrados.

Haciendo un estudio y referencia concreta al tema de la tipicidad, consideró el fallador probada la descripción típica penal de concusión, con relación al funcionario (XXX), por haber sido dicho servidor quien solicitó al quejoso una prestación económica, supuestamente para sufragar ciertos gastos administrativos necesarios para gestionar la devolución del automotor. Se consideró entonces este tipo penal como complemento de la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en lo que al procesado en mención se refiere.

En el mismo sentido, consideró el a quo probada la realización objetiva del punible de cohecho impropio, por parte de la funcionaria CHadid Bitar, al haber aceptado la suma remuneratoria, tendiente a gestionar la entrega del vehículo retenido, propiedad del quejoso.

Complementando el proceso de adecuación típica y disciplinaria, señaló el fallador de primer grado que ambos procesados con sus comportamientos activos, incurrieron en la realización objetiva del punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales, conducta que se evidencia con la elaboración y posterior remisión a los propietarios del vehículo retenido, del escrito de objeciones que posteriormente presentaron al interior del proceso administrativo respectivo.

Demostrada la tipicidad disciplinaria de las conductas, demostró el fallador que dichos comportamientos afectaron sustancialmente el deber funcional de los procesados, amenazando la función pública, en sus principios superiores de moralidad, transparencia, legalidad, honradez, lealtad e igualdad, sin justificación alguna.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

En el acápite correspondiente a la Culpabilidad, expresó el fallador de instancia que el proceder de los acusados, tal como se adujo en el pliego de cargos, es netamente doloso, al demostrarse los momentos cognitivos y volitivos de su actuar.

Al momento de motivar la sobre la calificación de la falta, haciendo referencia a una conocida posición jurisprudencial, expresó el autor del fallo apelado que no es necesario realizar ningún tipo de análisis sobre los criterios de graduación, debido a su taxativa designación como faltas Gravísimas.

Finalizando las consideraciones del fallo, y en atención al precepto legal consagrado en el artículo 44 del C. D. U., concluyó el operador de primer grado que la sanción a imponer a los procesados no podía ser otra que destitución e inhabilidad general por el término de 10 a 20 años. Para determinar la graduación de la inhabilidad, acudió a los criterios contemplados en el artículo 47 Op Cit. Fueron valorados en favor de los disciplinados, la inexistencia de antecedentes fiscales y disciplinarios; no atribuir responsabilidad infundada a un tercero; la no afectación de derechos fundamentales; y no pertenecer al nivel directivo o ejecutivo de la entidad, para el procesado (XXX). Como criterios en contra se aplicaron el grave daño social causado y la naturaleza esencial del servicio prestado por la DIAN; el conocimiento de la ilicitud y el nivel jerárquico de la implicada Chadid Bitar.

Con este análisis de dosificación punitiva, consideró el a quo que la sanción para (XXX) sería destitución e inhabilidad general por el término de DIECISIETE ÑOS, imponiendo a su compañero de acusaciones Destitución e inhabilidad general por el término de CATORCE años.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la última notificación, los defensores de confianza de los procesados presentaron y sustentaron el recurso de apelación en contra del fallo de primer grado, con los siguientes planteamientos:

1.- (XXX), defensor del procesado (XXX), inició su escrito sustentatorio, calificando el fallo apelado, "...no acorde con las disposiciones legales que rigen la materia. ...". A continuación hizo un resumen de la actuación procesal surtida dentro del expediente.

1.1.- En un numeral titulado como: **"...irregularidades sustanciales por trasgredir la eficacia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de las reglas probatorias. ..."**, el impugnante refirió presuntas irregularidades que, según su concepto afectaron el debido proceso al haberse decretado pruebas, por parte del funcionario instructor de instancia, durante los días 30 de mayo de 2011 y 29 de julio de 2013, las cuales no fueron comunicadas y notificadas debidamente a su representado. En este acápite, consideró el recurrente que el aquo vulneró la defensa técnica de su representado, adicionalmente, por no haber notificado el auto del 3 de julio de 2013, a través del cual se aceptó el desistimiento frente a la práctica de una prueba, requerida por la misma defensa.

1.2.- En el numeral subsiguiente de las argumentaciones del recurrente, definido como: **"...Irregularidades sustanciales del fallo. ..."** manifestó su oposición a la "...valoración y análisis del material probatorio bajo los cuales el operador disciplinario encontró claramente probada la Formulación del pliego de cargos, ..." En su concepto, no se tuvieron en cuenta presuntas "INCONGRUENCIAS, DUDAS Y CONTRADICCIONES observadas en la

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

recepción de los testimonios ofrecidos por (XXX), a quien calificó el impugnante como “cómplice del quejoso”. En este acápite, consideró el impugnante que la grabación allegada en desarrollo del proceso, es una prueba ilegal e inválida, si se tienen en cuenta la forma en que fue recaudada, con supuesta violación de los artículos 140 del C. D. U. y 95 de la Ley 1123 de 2007, en armonía con los artículos 258 y 259 de la Ley 906 de 2004.

Continuando con la crítica de los testimonios rendidos por (XXX), el impugnante adujo que en los mismos se observa la “mala intención”, la “manera perversa”, “con sed de venganza”, con que los citados declarantes prepararon sus “falsos testimonios”, totalmente contradictorios.

1.3.- Con relación a la Queja originaria de la actuación, señaló el impugnante que la misma no es una prueba ni puede ser considerada como testimonio, razón por la cual consideró inapropiada la valoración efectuada por el funcionario a quo.

1.4.- En este punto hizo alusión el impugnante a cada uno de los cargos que fueron objeto de acusación y sanción en primera instancia:

1.4.1.- Frente al cargo primero formulado en contra de su prohijado, afirmó enfáticamente el defensor: “...carece de toda lógica y sentido que un simple supernumerario, que por primera vez participa en un operativo de control aduanero, en un puesto de control, de Rio de ORO (XXX), que viene trasladado de la ciudad de Santa Marta, con apenas un mes en la seccional de Valledupar, que no tiene ni idea de qué se trata el régimen aduanero, que prácticamente no conocía a nadie, ni mucho menos tenía confianza con nadie, tenga el **poder para arreglar, pactar utilidad indebida, para librar un vehículo.** ...”.

Continuando con su argumentación, el recurrente agregó que el funcionario a quo no tuvo en cuenta “reiteradas contradicciones y barbaridades obrantes en el plenario, por parte del señor Bonilla y su cómplice señora (XXX) y conocido de ellos señor (XXX), como consecuencia del DECOMISO. ...”.

Haciendo transcripción de la queja signada por el ciudadano Javier Bonilla y comparándola con su declaración juramentada, concluyó el impugnante afirmando que existen diferencias en las circunstancias de tiempo en que se desarrollaron los hechos. Al comparar la queja y la declaración del señor Willinton Pérez, encontró el apelante incongruente la imposibilidad de determinar si se pidieron \$ 2'000.000.00 o \$600.000.00. Con esta afirmación, concluyó el defensor que no existe certeza absoluta de que su defendido haya solicitado utilidad indebida a los señores Javier Bonilla y Willinton Pérez, sin que sea posible adecuar su conducta dentro de la falta prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002, por la realización objetiva de la descripción típica prevista en el artículo 404 del C. P. Finalmente agregó que no existen pruebas para demostrar el dolo de la acusación, derrumbándose así el argumento relativo a la culpabilidad.

Frente al análisis de las posibles inconsistencias, expresó el recurrente cierta falsedad entre lo dicho en la queja y lo declarado por el testigo Rafael Machado, respecto a la entrega de dinero por parte del quejoso a su protegido, dentro de un vehículo automotor. Adicionalmente, restó valor a la declaración de la señora (XXX), afirmando que la misma no pudo ser testigo presencial de los hechos, calificándola de “...cómplice del quejoso hace parte del equipo del montaje...”.

Para finalizar este grupo de ideas impugnatorias, planteó nuevamente el togado la existencia de un préstamo dinerario entre el señor (XXX) y la procesada (XXX).

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

1.4.2.- Con relación al segundo cargo de su prohijado, relacionado con la realización objetiva del tipo penal consagrado en el artículo 421 de la LEY penal, el impugnante inició su argumentación haciendo ver una posible contradicción frente al envío u origen del escrito de objeción a la aprehensión del automotor. Esta idea fue concluida por el recurrente afirmando: "...No existe prueba plena ni la certeza absoluta, que señale a (XXX), fuere el que haya reenviado el documento de objeción a la señora (XXX), como así lo dan a entender el quejoso y su señora esposa. ...".

1.4.3.- En un último grupo de argumentos defensivos, el recurrente hizo referencia a los elementos esenciales que, según la jurisprudencia, configuran el punible de concusión, que integra la falta objeto de reproche de su poderdante. Al respecto señaló:

"...mi defendido (XXX) no ha inducido, constreñido ni mucho menos solicitado dádiva para favorecer a los señores (XXX), quienes fueron objeto de DECOMISO de sus vehículos; por el contrario fue el quejoso quien lo quiso sobornar para que le entregara su vehículo. ...". Y agregó:

"...En los indagados no existió un acuerdo previo donde se distribuyeron con claridad tareas que cada uno iba cumpliendo en la comisión delictual para favorecer al concusionado. ...". Complementando esta idea expresó:

"...Estos hechos objeto de la queja, no están plenamente demostrados en el plenario, ya que el señor (XXX) no tenía bajo su control funcional la expedición de la resolución que beneficiaría al quejoso, en la investigación solo hay testimonios contradictorios de tiempo, modo y lugar que no demuestran la veracidad de los hechos. ...". Adicionalmente aseveró:

"...Aquí uno de los elementos fundamentales del tipo es que el funcionario público OBLIGUE y que induzca a error al agraviado, caso que en los hechos investigados no se ha dado, ya que el señor (XXX) actuó conforme a la Ley aduanera. ...".

En varias ideas subsiguientes el impugnante reiteró que el delito de concusión implica: "...el logro del objetivo, es decir ser beneficiado patrimonialmente. ...". Afirmó nuevamente que no se probó el dolo directo en el actuar de su cliente, agregando una vez más que: "...el investigado no tenía la suficiente experiencia ni conocía sus funciones propias ya que le pide el concepto al agente de la POLFA y a su jefe inmediato para realizar el procedimiento de incautación del vehículo, por lo tanto no podía hacerse sobresalir ilícitamente su calidad pública de que estaba investido para atemorizar al quejoso y conseguir su propósito. ...".

En forma por demás confusa, el autor del recurso hizo alusión a los conceptos de PRUEBA PLENA y DUDA RAZONABLE, concluyendo que los mismos son incompatibles.

Con base en todos los argumentos transcritos hasta el momento y haciendo énfasis en la inexistencia del concepto jurídico de "Certeza en la comisión de la falta", el abogado defensor recurrente solicitó la revocatoria total del fallo impugnado.

2.- (XXX), defensor de confianza de la procesada (XXX) Bitar fundó su recurso de apelación en los siguientes planteamientos:

2.1.- Inició el apelante la presentación de las "RAZONES DE INCONFORMIDAD" con la siguiente afirmación: "...es nuestro deber expresar que el acto administrativo impugnado ha generado una profunda inconformidad en esta defensa al encontrar que el ejercicio de la potestad que desplegó el operador disciplinario que condujo la primera instancia, se realizó incumpliendo los deberes previstos en los artículos 129, 140 y 141 del C. D.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

U....Consideramos que con ese proceder, la manifestación de la voluntad administrativa censurada terminó siendo expresada sin cumplir los requisitos descritos en el artículo 142 del C. D. U. por cuanto en el expediente no reposa un solo medio de prueba capaz de ser elevado a la categoría de “idóneo” para poder predicar la certeza de la falta imputada a mi representada y la responsabilidad disciplinaria de la misma. ...”.

2.2.- En los párrafos subsiguientes expresó el impugnante: “el arte de la sana crítica de la prueba es distinto al sistema de la libre o íntima convicción. Tampoco es un ejercicio arbitrario de confección del mérito del medio de prueba a valorar. Pero además debe decirse que el deber de exponer razonadamente el mérito de la prueba no se satisface con el simple hecho de destacar y defender a ultranza aquellas pruebas que sirven o convienen a un sesgado propósito argumentativo. ...La apreciación de la prueba debe ser conjunta y sana pero crítica. Solo así será integral.En el presente proceso, el inferior funcional desconoció que la sana crítica que debió aplicar como técnica de valoración probatoria, constituye un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el que el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines. ...”. Concluyendo estas líneas, el autor del recurso hizo transcripción amplia de una tesis jurisprudencial, sobre el sentido y alcance del sistema de valoración probatoria de la sana crítica.

2.3.- Con estas dos planteamientos, referidos en los numerales precedentes, el autor del recurso pasó a realizar una crítica directa al material probatorio allegado, afirmando que los testimonios de los ciudadanos (XXX), “...adicional a la comisión de la falta y la responsabilidad de su representada”, demuestran el interés de los declarantes en destruir a la funcionaria CHADID BITAR, aquí procesada. Adicionalmente, señaló como ilegal y nula de pleno derecho la grabación arrojada al proceso, extrañando el registro civil de la deponente Martínez Anteliz, para demostrar su vínculo conyugal con el quejoso, y la tarjeta de propiedad que acreditara, a la misma persona, como propietaria de uno de los vehículos objeto de Decomiso. En este mismo acápite, señaló el recurrente que el despacho a quo incumplió con el deber de investigación imparcial, consagrado en el artículo 129 del C. D. U., pretendiendo “...siempre construir la hipótesis sancionatoria, para opacar la del contrato de mutuo o préstamo de dinero que indefectiblemente conduciría a exonerar de responsabilidad a (XXX). ...”. Continuando con su análisis sobre las pruebas testimoniales, concluyó el impugnante expresando que en las mismas se deduce la “mentalidad inescrupulosa, criminal y extorsiva”, tanto del quejoso, como de sus compañeros de deponencias, (XXX). Expresó igualmente que estas personas se sirvieron de un “...ardid temerario contra CHADID BITAR que les permitiera constreñirla a entregar mediante la ejecución de una actuación contraria a sus deberes oficiales, los dos (2) vehículos con los cuales se había infringido la legislación aduanera Colombiana, o en su defecto, de no obtener una actuación ilegal de ésta que los beneficiara, hacerle daño a su dignidad humana por el simple hecho de haber cumplido con su deber de decomisar los vehículos. ...”. A estas conclusiones llega el recurrente, valorando el hecho de que los declarantes no acudieron ante la Fiscalía General de la Nación a denunciar el hecho, siendo conscientes que con su actuación incurrían simultáneamente en el delito de cohecho por dar u ofrecer.

2.4.- Con los planteamientos y afirmaciones hasta el momento señalados, el defensor impugnante señaló enfáticamente que los testimonios tantas veces mencionados, no ofrecen credibilidad alguna para sancionar a su defendida. Contrario sensu expresó que: “...una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica, permitiría inferir con el grado de certeza que la realidad procesal demuestra que (XXX), por su notoria permanente situación económica desafortunadamente solicitó prestado un dinero a su subalterno (XXX), quien se lo consiguió con (XXX) negocio que le fue presentado como una realidad que la hacía deudora de un sujeto del que desconocía era amigo íntimo y personal del hermano y familia

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

de (XXX), y que a su vez secundaba a (XXX) y ésta en su pretensión de obtener a cualquier costo, la devolución de su vehículo. <incluso, mediante la ejecución de un acto contrario a los deberes oficiales de (XXX). ...”.

2.5.- Haciendo referencia a un criterio jurisprudencial, agregó el recurrente que los testimonios tantas veces aludidos deben ser excluidos como pruebas, al resultar sospechosos, por existir en ellos circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad, de conformidad con lo regado en el artículo 217 del C. de P. C.

2.6.- En forma conclusiva afirmó el apelante que existió error de adecuación típica, con base en los siguientes planteamientos: “...Como podrá apreciarse, las reglas de la sana crítica sugieren el decaimiento de la imputación fáctica y jurídica, por ausencia de pruebas eficaces que conduzcan a la certeza de la falta y la responsabilidad de la disciplinada cuyos intereses represento. Por esta razón considero que le fallo de primera instancia deberá ser revocado en todas sus partes.”.

Más adelante agregó el mismo profesional: “...es menester señalar que la conducta de mi representada, jamás podría adecuarse al tipo penal de cohecho impropio descrito en el artículo 406 de la Ley 599 de 2.000,en el presente asunto se ha ventilado la hipótesis de que supuestamente, la servidora pública (XXX), recibió el dinero que el señor (XXX) entregó al servidor público (XXX) por solicitud que éste le hizo luego de que los dos servidores públicos hablaran a solas en su oficina, para ordenar la devolución del vehículo que le había sido decomisado a éste.Nótese que de esta hipótesis no se desprenden los elementos estructurales del tipo penal imputado a mi defendida, por cuanto (XXX) no se comprometió a realizar un acto propio de sus funciones, sino uno contrario a sus deberes oficiales,”.

2.7.- Con relación al segundo tipo penal que integra la falta objeto de reproche de la procesada, esgrimió el abogado recurrente: “...La señora (XXX) no ha representado, litigado, gestionado o asesorado ningún asunto del señor (XXX). Escapa a la lógica y a la experiencia, que si supuestamente ésta elaboró la objeción que posteriormente ella misma habría de resolver, la haya desestimado suscribiendo la resolución de Decomiso.”.

Son estas las razones resumidas que llevaron al abogado defensor (XXX), a solicitar la revocatoria de la parte resolutive del fallo apelado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de dar inicio a estas consideraciones, es importante recordar a los impugnantes que de conformidad con la previsión legal consagrada en el parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, “...El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación. ...”.

Con esta claridad conceptual, frente a la forma como se activa y procede la competencia de segunda instancia, el despacho emitirá un pronunciamiento sobre cada uno de los numerales que resumen los razonamientos de inconformidad de los apelantes, referidos en el acápite precedente. Sin embargo, resulta necesario para este despacho Adquem, empezar estas motivaciones, explicando a los abogados de la defensa técnica, cuál es el alcance que da nuestra jurisprudencia, a la acción y efecto de sustentar un recurso de apelación:

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Sobre dicho tópico, nuestra Corte Suprema de Justicia -Sala Penal-, desde el auto del 11 de septiembre de 1984 enseñó : “...No constituye, por tanto, sustentación adecuada, el empleo de frases o expresiones en las cuales simplemente se manifiesta un desacuerdo genérico pero no se indican en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabalmente sustentado el recurso que carezca de las razones, de tipo probatorio o jurídico que deben llevar a dicha reforma o revocatoria...”.

Para entender esa postura jurisprudencial, la misma Corte Suprema de Justicia ha precisado : “...Si la apelación es una faceta del derecho de impugnar, expresión ésta derivada de la voz latina impugnare, que significa “combatir, contradecir, refutar”, tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea, para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual mediante la pertinencia crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación”.

Y agrega tajantemente la misma corporación : “...Para no tolerar esguinces al precepto legal citado, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no pueda darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injusta o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como “si hay prueba de los hechos”, “no están demostrados los hechos”, u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado” (Sala Penal Auto de agosto 30/84).

Esta claridad jurisprudencial, sobre lo que significa sustentar un recurso de apelación, resulta aplicable a los dos sujetos procesales apelantes, pues ambos, en mayor o menor medida, utilizaron en sus escritos afirmaciones que bien podrían considerarse como genéricas, indeterminadas o abstractas, como fundamento de su inconformidad.

Vale la pena evidenciar cómo el abogado defensor De la (XXX), prácticamente se limitó en su escrito sustentatorio a realizar una reiteración total de los alegatos de conclusión, si hacer ningún pronunciamiento adicional o novedoso, frente a las motivaciones con que el operador jurídico disciplinario de primer grado, despachó desfavorablemente cada uno de sus planteamientos defensivos. Nótese que este profesional, inició la sustentación de la alzada, calificando el fallo apelado como “...no acorde con las disposiciones legales que rigen la materia. ...”, sin hacer referencia a la concreta a la normatividad que consideró omitida. En el mismo sentido, algunas líneas más adelante, el mismo togado aseveró que su defendido “...actuó “...conforme a la Ley aduanera...”, sin mencionar siquiera cuál fue la ley aduanera que, según su concepto, justificó el proceder de su defendido. Con la misma generalidad inició la sustentación de su recurso, el defensor (XXX), al referir que el operador disciplinario de primera instancia desarrolló su labor incumpliendo los deberes previstos en los artículos 129, 140, 141 Y 142 del C. D. U.

En el mismo sentido, se puede afirmar que en los dos defensores centraron la argumentación de sus recursos en realizar una crítica directa al juicio de análisis y valoración probatoria realizado por el funcionario a quo, sin embargo, limitaron su argumentación en descalificar fuertemente a los declarantes del proceso, tildándolos como cómplices de comportamientos delictuales, con el fin de demostrar presuntas dudas, incongruencias y contradicciones que finalmente no fueron concretadas, tal como lo motivará seguidamente esta instancia.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Pese a las anteriores falencias técnicas en la sustentación de los recursos, estas consideraciones resolverán la alza, teniendo en cuenta para ello, cada uno de los numerales que en el título precedente resumieron las razones de inconformidad de los dos impugnantes.

Así las cosas, el argumento resumido En el numeral **1**, será rechazado por la indeterminación o generalidad de la impugnación, tal como lo hemos venido motivando.

Con relación a las razones de impugnación referidas en el numeral **1.1.** que antecede, las cuales fueron presentadas por el mismo abogado defensor, en forma idéntica, en el momento de los alegatos de conclusión, debe afirmar este despacho adquem que avala por completo las motivaciones ofrecidas por el funcionario autor del fallo apelado, cuando despachó negativa o desfavorablemente esos mismos argumentos defensivos.

Pese a que el apelante no hizo ninguna referencia expresa al respecto, dentro de su escrito de sustentación, razón que sería suficiente para rechazar el punto de alza, comparte esta instancia la afirmación del aquo, cuando dijo: "...Es del caso referir en cuanto lo dicho por el doctor (XXX), frente a las actuaciones procesales surtidas, que afirma se adelantaron a espaldas de su defendido, que al revisar la actuación, se determina que fueron comunicadas a los sujetos procesales en debida forma, conforme lo indica el inciso segundo del artículo 109 del C.D.U., circunstancia diferente es que pese a su conocimiento tanto el defensor como su prohijado, optaron por no asistir a las mismas. ...". Complementando la posición arguida por el fallador de instancia, es innegable que los temas de notificaciones y recursos, en materia disciplinaria, aparecen especial o taxativamente reglados en el Libro V de la Ley 734 de 2.002, siendo aplicable el artículo en cita, donde se preceptúa que las decisiones no susceptibles de recurso se comunicarán al día siguiente por el medio más eficaz. Adicionalmente, no le asiste razón al apelante cuando afirmó que las pruebas debieron ser notificadas personalmente, pues esta actuación procesal se aplica exclusivamente a las decisiones expresamente señaladas en el artículo 101 del C. D. U. Concluyendo, no existen las pretendidas irregularidades sustanciales que plantea el apelante, ni mucho menos se transgredieron los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Pasando ahora al argumento de impugnación resumido en el numeral **1.2** que antecede, titulado por el recurrente como "irregularidades sustanciales del fallo", debemos reiterar que en este punto el apelante limitó su inconformidad en presentar una crítica a la valoración probatoria realizada por el aquo, sobre los testimonios de los ciudadanos (XXX). Adicionalmente expresó el recurrente la posible ilegalidad de la grabación allegada al proceso, aduciendo supuesta violación a los artículos 140 del C. D. U., 95 de la Ley 1123 de 2007, en armonía con los artículos 258 y 259 de la Ley 906 de 2004. Nuevamente debe resaltar este despacho la indeterminación o generalidad del argumento de imputación, situación que genera de inmediato el rechazo de los argumentos de apelación, veamos por qué:

En este punto inició el apelante planteando su oposición "...a la valoración y análisis del material probatorio bajo los cuales el operador disciplinario encontró claramente probada la formulación de cargos, ...". Con relación a esta aseveración, es importante hacer ver al apelante que la valoración probatoria del pliego de cargos y la valoración probatoria del fallo, son dos situaciones diferentes en desarrollo de un proceso disciplinario. La primera debió ser objeto de controversia oportuna en la presentación de descargos y durante la etapa probatoria del juicio. En este momento, concentra nuestra atención la valoración probatoria que fallador a quo realizó para proferir el fallo impugnado.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Continuando con su planteamiento, señaló el recurrente: "...no se tuvo (sic) en cuenta las **INCONGRUENCIAS, LAS DUDAS Y CONTRADICCIONES** en cada uno de los testimonios malintencionados que indujo (sic) al operador disciplinario a cometer errores y a tomar decisiones equivocadas testimonios estos, que fueron recibidos por los agentes investigadores de parte de los quejoso (sic) (XXX), cómplice del quejoso y del Sr. (XXX), a quien el señor (XXX) no conocía; pero si era conocido de su esposa ((XXX)), que después en la declaración juramentada manifestaron (sic), ser los mejores amigos. ...".

Como bien puede observarse, en la lectura detenida del anterior párrafo transcrito, no se advierte por ningún lado cuáles son esas presuntas "INCONGRUENCIAS", "DUDAS" Y "CONTRADICCIONES" que quiere referenciar el abogado defensor en su impugnación. Es más, si su intención era hacer referencia al presunto conocimiento que haya existido entre el testigo (XXX), el quejoso (XXX) y su esposa (XXX), no tiene ningún recibo para este despacho esa afirmación, pues claramente expresó el accionante desde un comienzo, que su esposa debió conseguir el dinero solicitado por los funcionarios implicados, a través de un préstamo efectuado por un amigo de ella, es decir el señor Rafal Machado. No se aprecia aquí ninguna inconsistencia o incongruencia que pueda afectar la credibilidad de los testimonios.

En una última idea de este grupo de argumentos, el apelante intentó demostrar la presunta ilegalidad de las grabaciones que fueron aportadas, bajo la gravedad del juramento, por la testigo (XXX). Al respecto expresó: "...ya que no fueron legalmente recaudadas y allegada (sic) al proceso durante la etapa de indagación preliminar e investigación disciplinaria toda vez que la grabación arrimadas (sic) al proceso en donde el ente investigador se basó para emitir una sentencia condenatoria, de manera sugestiva, carecen de toda validez,".

Siendo el anterior planteamiento reiteración total del que fuera presentado en las alegaciones finales, y a pesar de que el mismo fue resuelto desfavorablemente por el a quo, debe expresar este despacho ad quem su total conformidad con el análisis probatorio que realizó el funcionario de primer grado, al acudir e interpretar diversas posiciones jurisprudenciales, sobre la libertad probatoria que rige el proceso disciplinario; el trámite de cadena de custodia de las pruebas y; finalmente, sobre los requisitos de validez probatoria de las grabaciones.

Frente a la tozuda o empecinada posición del impugnante, no puede este despacho hacer otra cosa que resaltar, haciendo eco de la motivación utilizada en el fallo, que la grabación aludida fue aportada al proceso por una testigo presencial de los hechos, bajo la gravedad del juramento prestado. Que dicho medio probatorio fue incorporado legalmente al investigativo, dándose así la oportunidad de controversia del mismo a los sujetos procesales intervinientes. Que sin lugar a dudas la señora (XXX), quien realizó la grabación, tuvo la calidad de interviniente en el acto de comunicación desarrollado entre ella y los funcionarios implicados. Que el contenido mismo de la grabación no hace referencia a la vida íntima o privada de los procesados. Que tal como lo manifestó desde un comienzo el accionante, su esposa se vió obligada a capturar magnéticamente las conversaciones sostenidas con los acusados, ante la negativa de éstos a devolver los dineros ilícitamente obtenidos, buscando de esta manera recaudar la prueba de los comportamientos reprochados. Finalmente, Que la misma señora (XXX), como compañera sentimental y propietaria de uno de los vehículos retenidos, adquirió la calidad de víctima del comportamiento delictual, desapareciendo así la necesidad de obtener autorización para grabar a sus interlocutores.

En forma habilidosa pero por demás des acertada pretende el recurrente confundir el objeto de prueba del presente proceso, arguyendo como no probada la calidad de cónyuge o

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

compañera permanente de la testigo (XXX) con el quejoso. De la misma manera consideró no probada la condición de propietaria del vehículo retenido, ostentada por la testigo aludida.

Teniendo claro que lo que se investiga en este proceso es el desempeño funcional ilegal de los acusados, frente a unos hechos concretos acaecidos a partir del 17 de junio de 2.009, es evidente la inconducencia e impertinencia de las pruebas que en este momento extraña el abogado apelante, con el único fin de rechazar la calidad de perjudicada de la señora (XXX). A lo anterior se debe agregar que los dos ciudadanos, como declarantes dentro del presente proceso disciplinario, expresaron bajo juramento su calidad de cónyuges, siendo esto suficiente para los efectos procesales perseguidos. Lo mismo debe predicarse respecto a la propiedad del vehículo retenido, acreditada legalmente dentro del trámite administrativo respectivo, cuyas copias fueron allegadas a este juicio.

Ahora bien, en el numeral **1.3** del resumen sustentatorio de la apelación, el recurrente afirmó que la queja no es una prueba, concluyendo como inapropiada la valoración del fallador de instancia. Al respecto le asiste parcialmente razón al apelante pues si bien es cierto la queja por sí sola no constituye prueba, su ratificación y ampliación, mediante declaración juramentada o testimonio, que fue lo que debidamente decretó y valoró el a quo, si tienen la calidad de medio probatorio. Adicionalmente, debe expresarse que no fue únicamente el testimonio del quejoso, el que llevó al fallador a declarar cumplido el requisito de procedibilidad para sancionar, toda vez que fueron evaluados varios testimonios, junto con algunas pruebas documentales.

Hemos de referirnos a continuación, sobre los argumentos de impugnación resumidos en el numeral **1.4.1.** del acápite precedente. Este grupo de planteamientos fueron presentados por el abogado (XXX), iniciando con una frase que tal como lo hemos venido demostrando, resulta totalmente abstracta, genérica y, por lo tanto, inaceptable, frente a los cometidos de esta apelación. Expresó el apelante: "...carece de toda lógica y sentido que un simple supernumerario, que por primera vez participa en un operativo de control aduanero, en un puesto de control, de Rio de ORO Cesar, que viene trasladado de la ciudad de Santa Marta, con apenas un mes en la seccional de Valledupar, que no tiene ni idea de qué se trata el régimen aduanero, que prácticamente no conocía a nadie, ni mucho menos tenía confianza con nadie, tenga el **poder para arreglar, pactar utilidad indebida, para librar un vehículo.** ...". Al respecto, debe informársele al profesional recurrente que la inexperiencia de un funcionario en un cargo, ni mucho menos el desconocimiento de sus deberes funcionales, justifican un proceder tan reprochable como el que fue objeto de acusación en el cargo primero, en contra de su representado.

Esta afirmación tampoco desdibuja la realización objetiva del tipo penal de concusión, máxime cuando existen pruebas testimoniales y documentales que corroboraron los dichos del quejoso, no solo frente a la situación de retención del vehículo automotor, como causal que generó el comportamiento abusivo de la solicitud de dineros por parte del funcionario (XXX), petición que fue atendida por los interesados, quienes gestionaron la consecución de cuatro millones doscientos mil pesos, suma que fue recaudada y entregada a los servidores implicados, en las circunstancias claramente referidas por los declarantes Bonilla Castellanos, Martínez Anteliz y Machado Vargas. La existencia y el trámite indebido de estos dineros, entre los propietarios del vehículo y los funcionarios acusados, igualmente se demostró mediante pruebas documentales, como lo fueron los comprobantes de consignación y las grabaciones que fueron realizadas, al gestarse la reclamación o devolución de los dineros entregados a los servidores públicos, por parte de los ciudadanos que atendieron la solicitud ilegal.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Con la anterior consideración, han de descartarse las abstractas e indeterminadas “contradicciones” que el defensor de (XXX) pretende hacer valer al sustentar su apelación. Vale decir, no genera ninguna duda o incongruencia, la pretendida indeterminación que el apelante arguye, frente al monto de la suma solicitada, cuando las pruebas testimoniales y documentales suficientemente mencionadas y evaluadas, dan cuenta de la entrega de cuatro millones doscientos mil pesos, como respuesta al requerimiento ilegal del funcionario mencionado, suma que fue manipulada a través del ciudadano Machado Vargas, tal como él mismo lo acepto en su declaración jurada, dando soporte y veracidad al dicho del quejoso y su esposa. Tampoco encuentra este despacho inconsistencia alguna sobre la forma en que fue entregado el dinero por parte de (XXX) al funcionario (XXX), acompañado del testigo intermediario (XXX). Las deponencias son contestes en referir que dicha entrega de dinero se efectuó en un parqueadero cercano a la Dian de Valledupar, siendo el quejoso quien entregó el dinero y el funcionario (XXX) quien lo recibió, con la presencia del (XXX), tantas veces mencionado.

Resulta imperioso responderle al recurrente, que la simple calificación de la testigo (XXX), como “cómplice” o “parte del equipo de montaje”, no es razón suficiente para desvalorar su dicho. Claramente lo expresó el fallador a quo al afirmar que como testigo de oídas frente a la solicitud y entrega dineraria, ésta declarante corroboró suficientemente el dicho de su esposo - quejoso o accionante-. Sin lugar a dudas su participación como testigo presencial en las reuniones donde se realizó la reclamación y devolución del dinero, enriqueció la demostración probatoria en grado de certeza, del tipo penal de concusión.

En las líneas finales de este argumento de impugnación, la defensa reitera llanamente el postulado de un supuesto préstamo dinerario entre el testigo Rafael Machado y la procesada (XXX). Esta hipótesis, carente del más mínimo sustento probatorio, no pasa de ser eso, un simple argumento defensivo injustificado, que no tiene ninguna posibilidad de prosperidad o aceptación en este juicio.

Continuamos ahora con las razones de apelación que fueron presentadas por la defensa técnica del procesado (XXX), con relación al segundo cargo objeto de acusación, resumidas a partir de los numerales **1.4.2 y 1.4.3.-** del anterior capítulo de este fallo.

De inmediato debe responder este despacho al impugnante, frente al cargo de asesoramiento ilegal, que sus afirmaciones genéricas no permiten evidenciar ninguna contradicción con relación al envío u origen del escrito de objeción a la aprehensión del automotor. Sobre este particular hecho, se comparte y avala plenamente el ejercicio de análisis probatorio realizado por el fallador de primer grado, a través del cual se logró concluir, partiendo de los contestes testimonios ofrecidos por el accionante y su cónyuge, que fue el propio (XXX) quien envió el escrito aludido a la señora Martínez Anteliz, para que lo presentara ante la DIAN de Cúcuta. Documentalmente quedó probado dentro del expediente, que ese mismo memorial de objeciones lo recibió el procesado (XXX) en su correo electrónico institucional, procedente de su compañera de acusaciones, la doctora Chadid Bitar, quien tal como lo analizó y evaluó el a quo, tenía acceso directo al otro expediente administrativo donde ya obraba una petición similar, efectuada para un caso idéntico por el abogado Cerpa Villa, en representación del señor (XXX). Dicho profesional reforzó toda esta tesis probatoria, al afirmar bajo la gravedad del juramento que reconoció el escrito de objeciones que él había elaborado, para el caso de (XXX), plagiado y en poder de sus nuevos clientes, J(XXX). Contrario a lo manifestado por el recurrente, las pruebas aquí mencionadas si demuestran, en grado de certeza, el asesoramiento ilegal que los funcionarios acusados ejercieron sobre los ciudadanos Bonilla Castellanos y Martínez Anteliz.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Frente a los últimos planteamientos del recurrente, en los cuales hace continúa haciendo genéricas manifestaciones, esta vez direccionadas al tipo penal del concusión, el despacho emite los siguientes pronunciamientos:

Es cierto, como lo afirma el apelante que su cliente no indujo ni constriñó al quejoso, claramente así lo evaluó el fallador aquí, al afirmar que la acción reprochada al acusado Barrios Soffía se concretó en solicitar dineros, verbo que igualmente integra la descripción típica realizada objetivamente. Los testimonios de Bonilla y Pérez Trigós son contestes en relatar el actuar irregular del funcionario, quien simultáneamente con la realización del procedimiento operativo, planteaba una posibilidad de “posible arreglo dinerario” a los conductores de los vehículos, camuflando así su solicitud ilícita de dineros. Estos testimonios permiten concluir que la acción delictual tuvo su inicio en esa solicitud ilícita del funcionario, la cual fue acogida también ilegalmente por el quejoso y su esposa, al atender la reclamación corrupta. Por lo tanto, a pesar de que este despacho reprueba totalmente el comportamiento del quejoso y su esposa, al acceder a la petición dineraria, se vislumbra que su actuar fue consecuencia del citado requerimiento ilegal, descartando así la tesis simple y llana del soborno, la cual, sin sustento probatorio, pretende proclamar la defensa.

Se debe contestar aquí al apelante que el tipo penal de concusión solo se le imputa a su defendido, pues fue él quien efectivamente realizó la solicitud dineraria, sin que sea necesario demostrar un acuerdo previo con la otra procesada, para probar la realización objetiva del tipo penal de concusión. Es precisamente por esta razón, tal como lo explicaremos a continuación, que la acusada CHadid Bitar se le llamó a responder por la realización objetiva de otro punible, como lo fue el de chohecho impropio. De la misma manera de rechazar este despacho el argumento que planteó el defensor apelante, cuando adujo que su defendido “...no tenía bajo su control funcional la expedición de la resolución que beneficiaría al quejoso...”. Tampoco este hecho desdibuja la realización objetiva del punible de concusión, que en el evento que nos ocupa se configuró con la simple solicitud dineraria efectuada por el procesado, prevalido de su calidad de servidor público de I DIAN, abusando de su cargo y haciendo creer al sujeto pasivo de su actuar, que los dineros serían destinados a sufragar supuestos gastos administrativos, con los cuales se obtendría la devolución del utomotor.

Pese a que el abogado apelante en este punto final de su impugnación no hizo ninguna referencia al análisis jurisprudencial con que el a quo encontró probada la realización objetiva del tipo penal de concusión, debe responderse que el constreñimiento o la inducción son solo dos modalidades de la concusión, no aplicables al caso sub judice, que como se ha reiterado, se configuró únicamente con la solicitud ilícita de dinero. Resulta igualmente desacertado o equivocado su planteamiento final cuando afirmó: “...el delito de concusión implica el logro del objetivo, es decir ser beneficiado patrimonialmente. ...”. Como sustento de esta posición, se afirma imperiosamente que nos encontramos ante un tipo formal, “...en la medida en que no es necesaria la producción de resultado material alguno, esto es, que no se requiere la verificación de resultado alguno en el mundo fenoménico para su configuración, bastando con la mera conducta del agente delictual, obviamente a condición de que se produzca alguna suerte de resultado psicológico en la víctima (creación del vínculo obligacional). ...”. (Carlos Mario Molina Arrubla, Delitos contra la Administración Pública).

Pasando ahora a las argumentaciones del abogado Montero Marín, resumidas en el acápite precedente, dentro de los numerales **2.1 a 2.7.**, encuentra necesario este despacho hacer las siguientes consideraciones y precisiones:

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

Acudiendo las ideas presentadas al comienzo de estas consideraciones, relacionadas con el sentido y alcance que debe dársele a la sustentación de una apelación, debe el despacho rechazar, tal como lo hemos venido motivando hasta el momento, las razones de impugnación genéricas y abstractas planteadas por el defensor apelante en los numerales **2.1 y 2.2.** del anterior capítulo.

Frente a la primera idea que presenta el defensor (XXX), resumida en el numeral **2.3.** que antecede, debe afirmar este despacho que tanto el despacho a quo, como este despacho ad quem, compartimos la parte inicial de su afirmación, cuando aseveró que: "...los testimonios de los ciudadanos (XXX)"... demuestran la comisión de la falta y la responsabilidad de su representada. Sin embargo, disentimos frente a la presunta demostración de un interés de los deponentes en "...destruir a la funcionaria CHADID BITAR...". Es esta una simple suposición del abogado defensor, fruto de su interpretación personal, pero carente por completo del más mínimo respaldo probatorio.

Ahora bien, en las ideas subsiguientes de esta sustentación, el togado presentó los mismos argumentos defensivos que fueron planteados por su compañero de apelación, reclamando la ilegalidad de las grabaciones allegadas a este proceso y extrañando presuntamente las pruebas que demuestran el vínculo matrimonial existente entre el actor y la testigo (XXX), así como la calidad de propietaria de ésta, del vehículo retenido. Estos argumentos del apelante deben ser descartados y para ello acudimos a las mismas consideraciones efectuadas en la respuesta al razonamiento de apelación resumido en el numeral **1.2** de estas motivaciones.

En el mismo sentido, debe el despacho reiterar las consideraciones que se ofrecieron como respuesta a la idea de apelación del anterior recurrente, resumida en el numeral 1.4.1. de esta decisión. Nos referimos a la ya mencionada tesis defensiva de un posible préstamo o mutuo, celebrado entre el testigo Rafael Machado y la procesada (XXX). Nuevamente debe aseverar este despacho, que esta hipótesis no pasa de ser eso, una simple posición defensiva, carente de respaldo probatorio y totalmente desvirtuada, pues contrario a lo manifestado por el apelante Montero Marín, el aquo sí cumplió con su deber de investigación integral de los hechos e investigación imparcial, escuchando en declaración juramentada al pretendido prestamista y su cónyuge, los cuales, en forma tranquila y totalmente creíble, desbarataron el argumento defensivo aludido.

Igualmente, resulta importante reiterar en este momento a los apelantes, que el simple trato irrespetuoso o descortés de los declarantes en este proceso, a quienes se les tilda como poseedores de una "...mentalidad inescrupulosa, criminal y extorsiva...", no constituye un verdadero juicio de valoración probatoria, que permita a esta instancia restarle credibilidad o seriedad a sus dichos, para así inclinar la balanza, hacia las posiciones defensivas no probadas de los procesados. Por el contrario, tal como lo ha venido expresando este despacho, al respaldar o avalar el análisis probatorio realizado por el a quo sobre la prueba testimonial tantas veces mencionada, esos testimonios, unidos al abundante material probatorio documental que se recaudó en el proceso, conforman el requisito sustancial mínimo necesario, que conforme al precepto legal del artículo 42 C. D. U., permiten hablar de demostración con certeza, de la existencia del hecho y de la responsabilidad de los disciplinados.

Pese a que el apelante finalizó su impugnación aduciendo un posible error en la calificación jurídica, debe resaltar el despacho que su impugnación no hizo ningún tipo de alusión a la extensa y cuidadosa motivación del a quo, en la que demostró uno a uno, cada elemento en la estructuración del cohecho impropio, por parte de la procesada Chadid Bitar. Cotejando dicho análisis probatorio, con la posición jurisprudencial que trajo como línea de referencia

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

el fallador de primer grado, no queda otro camino jurídico posible que avalar el proceso de adecuación típica penal y disciplinaria que integró la falta objeto de reproche, en todos sus aspectos objetivos y subjetivos.

En ese orden de ideas, lo procedente es rechazar las razones de impugnación ofrecidas por los apelantes, atendiendo cada una de las razones de respuesta y consideración que se hicieron frente a sus motivos de disenso. Adicionalmente y tal como se ha venido motivando en desarrollo de estas consideraciones, resulta imposible pronunciarse en relación con las razones de impugnación que fueron presentadas por los togados (XXX), de manera genérica y abstracta, por carecer de los criterios fácticos y jurídicos que contradigan o refuten la decisión del a-quo, presupuesto ineludible para que este despacho adquiera competencia y legitimidad para desatar la alzada propuesta contra el fallo sancionatorio calendarado el 17 de enero de 2014.

En tal virtud, la Directora de la UAE Agencia del Inspector general de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR las razones de impugnación invocadas por los abogados (XXX), en sus condiciones de defensores, respectivamente, de los procesados (XXX), de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior determinación, **CONFIRMAR TOTALMENTE** el fallo sancionatorio proferido el 17 de enero de 2014, por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de La Unidad Administrativa Especial Agencia ITRC, a través del cual se sancionó con **DESTITUCIÓN** e **INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DIECISIETE (17) AÑOS**, a la procesada (XXX) y **POR EL TÉRMINO DE CATORCE (14) AÑOS** al procesado (XXX), por encontrarlos responsables de incurrir en las falta disciplinarias, cometida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar allí mismo referidas.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101,104 y 107 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

QUINTO. La presente decisión queda en firme el día de su suscripción, pero sus efectos jurídicos se surten a partir de la notificación, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002.

SEXTO. Una vez surtida la notificación del presente fallo, **REGISTRAR** La sanción disciplinaria ante la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, según lo ordena el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 48, numeral 57 de la misma norma. Igualmente **REMITIR** copia de la presente decisión al Director General de la DIAN para que proceda, en su calidad de nominador, a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y PARÁGRAFO del artículo 172 del C. D. U.

Continuación del Fallo de Segunda Instancia por el cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primer grado, proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-01-2012-0083.

SÉPTIMO. Ejecutoriada materialmente esta decisión y libradas las comunicaciones de ley, devuélvase el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Revisó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.