



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

PREVARICATO POR ACCIÓN / DIFERENCIACIÓN ENTRE INDICIO Y SOSPECHA

“...Diferencia entre indicio y sospecha.- Porque ambos sirven para una inferencia, con demasiada frecuencia se da a la sospecha la calidad de indicio y se la emplea, equivocadamente, como medio de prueba. **Es necesario, sin embargo, diferenciarlos claramente, para evitar los peligros que su confusión acarrea.** ...Sospechar, según la real Academia de la Lengua, es aprehender o imaginar alguna cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. Cuando en el lugar de comisión del hecho delictuoso se encuentra un objeto que se cree o se reputa como del sindicado, pero sobre el cual no existe prueba plena, se está en presencia de una sospecha, la que puede servir al funcionario instructor de base para sus investigaciones, pero en manera alguna puede tenerse como fundamento para concluir respecto a la presencia de ese individuo en el lugar del hallazgo del objeto. Para que esta sospecha se torne en indicio, es necesaria la prueba de que lo hallado sí le pertenecía. ...Con razón afirma Dellepiane: **“La sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda**, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (latu sensu) que requiere verificarse” ...El indicio y la sospecha parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica y jurídica; en cambio la sospecha carece de tal demostración, se funda en suposición, conjetura, apariencia. ...” (Peláez Vargas Gustavo, Manual de Pruebas Penales, Jurídicas Wilches) (Subrayado fuera de texto).

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 130 Y ARTICULO 48 NUMERAL1 / LEY 599 de 200 – ARTICULO 413

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-008
Número y fecha del fallo:	Fallo No. 0013 del 4 de julio de dos mil trece (2013)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo revocado por segunda instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido en su contra por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, el 14 de marzo de 2013.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

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 disciplinaria tuvo su origen en el Oficio No. 120201 013 del 24 de febrero de 2011, a través del cual la funcionaria (XXX), en su condición de Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, trasladó ante el Subdirector de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, con fines de investigación disciplinaria, los informes suscritos por las funcionarias del Grupo Interno de Trabajo de Cobranzas, (XXX), ambos firmados el 23 de febrero de 2011, donde refirieron una situación anómala presentada el 22 de febrero del mismo año, cuando se recibió una llamada de un funcionario perteneciente a Secretaría de Hacienda Departamental del Vaupés, quien solicitó confirmación sobre el presunto desembargo de las cuentas por cobrar y/o pagar a favor de la Cooperativa Nacional para la Administración, Gestión Desarrollo de Entidades territoriales (XXX), supuestamente ordenado por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, a través del oficio N° 120242448-01292 del mismo 22 de febrero de 2011, suscrito con firma ilegible, y enviado a esa entidad territorial vía fax, procedente del abonado telefónico 7466606, perteneciente a esa dependencia. Según las servidoras informantes, al observar la ilegalidad de la actuación, se procedió a indagar con la empleada (XXX), encargada de controlar el uso del FAX en la seccional, quien les manifestó que el único que había enviado un documento en la tarde de ese día, fue el funcionario (XXX), según constaba en la planilla de control de envíos y en el correspondiente libro radiador de oficios.

2.- Por los hechos relatados en el numeral precedente, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, mediante auto datado el 31 de marzo de 2011, dispuso la apertura de indagación preliminar, en averiguación de responsables, con el fin de establecer la presunta falsedad consignada en el oficio 120242448-01292 del 22 de febrero de 2011. Ver fl. 11 del c. o. Esta decisión fue notificada personalmente al funcionario implicado el 17 de junio de 2011. Ver fl. 84 del c. o.

3.- Habiéndose decretado y practicado algunas pruebas documentales y testimoniales, el mismo despacho instructor de conocimiento, mediante auto datado el 10 de junio de 2011 ordenó la vinculación como indagado del servidor (XXX). Esta decisión fue notificada personalmente al funcionario implicado el 17 de junio de 2011. Ver fl. 84 del c. o.

4.- Con autos calendados respectivamente el 1° y el 19 de agosto de 2011 se decretaron pruebas de oficio, tendientes al perfeccionamiento de la indagación preliminar.

5.- Encontrándose vencido el término de la indagación preliminar, se profirió el auto del 12 de octubre de 2011, a través del cual la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN dispuso la apertura de investigación en contra del servidor (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía, asignado al GIT de cobranzas de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja. Esta decisión se notificó personalmente al procesado el 20 de octubre de 2011. Ver fl. 225 del c. o.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

6.- El 10 de enero de 2012 se decretaron pruebas tendientes al perfeccionamiento de la investigación.

7.- Con auto fechado el 6 de marzo de 2012, el despacho instructor corrió traslado de un dictamen pericial, decretado y recaudado durante la investigación.

8.- Mediante auto calendado el 3 de abril de 2012, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales dispuso la remisión del expediente a esta agencia ITRC, por competencia. Ver fl.277 del c. o. Como consecuencia de la anterior decisión la Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias, avocó el conocimiento del asunto el 2 de agosto de 2012, designando un funcionario instructor para continuar con el trámite del proceso. Ver fl. 301 del c. o.

9.- El 18 de septiembre de 2012 el funcionario a quo dispuso el Cierre de la investigación por vencimiento del término procesal. Ver fl. 302 del c. o. Esta decisión se notificó personalmente al servidor implicado el 9 de octubre de 2012.

10.- Con auto del 22 de octubre de 2012 el funcionario de primer grado procedió a evaluar el mérito de la investigación, formulando pliego de cargos en contra del servidor implicado, por considerarlo presunto responsable de incurrir en la falta disciplinaria prevista en el artículo 48 numeral primero de la Ley 734 de 2002, al realizar objetivamente la descripción típica consagrada en el artículo 413 del C. P., definida como prevaricato por acción. Ver fls. 314 a 325 del c. o. Esta acusación se notificó personalmente al procesado el 8 de noviembre de 2012, recibándose el correspondiente memorial de descargos el 23 del mismo mes y año. Ver fls 314 a 384 del c. o.

11.- Al considerar el funcionario instructor agotadas las pruebas del juicio, profirió el auto del 13 de diciembre de 2012, por medio del cual declaró cerrado el periodo probatorio y corrió traslado para alegar de conclusión. Esta decisión se notificó al encartado el 4 de enero de 2013, quien no hizo uso de la oportunidad procesal pertinente.

12.- El 14 de marzo de 2013 se profirió el fallo de primera instancia, declarando al procesado responsable de la conducta objeto de acusación. Como consecuencia, en la misma decisión se le impuso la sanción de Destitución e Inhabilidad general por el término de Doce años. La notificación personal de la sentencia al implicado se surtió el 3 de abril de 2013. Dentro del término de impugnación el procesado presentó y sustentó recurso de apelación, recibido el 8 de abril de 2013, concedido ante esta dirección el 12 de abril de 2013, recibándose las diligencias, para desatar la alzada el 15 de abril del mismo año. Ver fls. 397 a 450 del c. o.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Después de plasmar los fundamentos legales que le otorgan competencia para fallar, el operador disciplinario de primera instancia realizó un recuento de los antecedentes procesales de la decisión. Adentrándose ya en el acápite de consideraciones, se incluyeron dos títulos, referenciando la identidad del investigado y resumiendo los hechos objeto de investigación. A continuación se hizo un recuento y análisis sobre las pruebas sustento de la decisión de instancia. En este punto el a quo encontró veraces y concordantes las pruebas documentales, testimoniales y de peritación grafológica, para demostrar que fue el disciplinado quien remitió, vía fax, el oficio 120242448-01292, el día 22 de febrero de 2011, a las 2:24 p.m., con destino a la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Vaupés.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

Continuando con la motivación, el fallador transcribió los cargos que conformaron la acusación y emitió un pronunciamiento sobre cada uno de los argumentos de descargos presentados por el procesado así:

- En una primera idea, consideró el fallador no cierta la afirmación del implicado, en el sentido de aseverar que había sido una irregularidad procesal iniciar la actuación con un auto de indagación preliminar en averiguación de responsables, cuando los informes originarios mencionaban otros servidores, como posibles implicados. Explicó el aquo que la indagación preliminar estuvo enfocada a obtener mayores y mejores elementos de juicio, que a la postre conllevaron a la identificación e individualización del procesado, con su respectiva vinculación.
- Continuando con sus descargos, adujo el implicado que el auto de indagación preliminar se fundó en el argumento inicial de haberse cometido una presunta falsedad. Sobre este particular, se le respondió al petente que fue esa una idea genérica y abstracta, mencionada por una de las servidoras que rindió información con fines disciplinarios, la cual fue dilucidada a lo largo del desarrollo del proceso.
- Reprochó el procesado que el caudal probatorio no hay estado enfocado a establecer qué servidor tuvo a su cargo el proceso de cobro coactivo contra la firma (XXX). Al respecto, se le explicó al procesado que fue debidamente probado que la funcionaria (XXX) fue quien tuvo a su cargo el citado proceso.
- En una idea siguiente reclamó el acusado la presencia en el proceso, del oficio original que ordenó el desembargo, como requisito indispensable para probar la autoría del posible responsable. Contestó el despacho a quo que obviamente se había procedido con las copias del documento obtenidas vía fax.
- A continuación, consideró el servidor implicado improcedente haber ordenado su vinculación a la indagación preliminar, pues en su concepto debió abrirse investigación en su contra. La posición del despacho fue clara al asegurar la legalidad del procedimiento adelantado, recalcando la posibilidad de ejercer los derechos de contradicción y defensa por parte del acusado.
- Fue motivo de reproche para el encartado, y así lo hizo saber en sus descargos, el hecho de que se hayan decretado varias veces pruebas a lo largo de la actuación. Aclaró el funcionario de instancia la ausencia de restricciones y la libertad probatoria, orientada siempre al esclarecimiento de los hechos.
- Criticó el procesado la factura de servicio de telefonía Telecom, que fue allegada como prueba. En su concepto, dicho documento generó una duda razonable, pues la única llamada registrada a Mitú Vaupés se realizó a las 17:13 horas, mientras que el fax objeto de investigación fue remitido a las 2:24 p.m. Este argumento defensivo fue desvirtuado por el fallador de primer grado aclarando que la factura visible correspondió al abonado telefónico 426606, mientras que el fax donde se generó el oficio de desembargo, fue operado con el teléfono N°7426606, descartándose cualquier duda al respecto.
- Reprochó adicionalmente el acusado el hecho de haberse decretado el testimonio del señor Cesar Julio Vera Parada, razón por la cual el despacho a quo reiteró que dicha prueba obedeció a su facultad oficiosa de establecer la veracidad de los hechos.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

- En un argumento exculpativo adicional, el procesado expresó su rechazo a la valoración que se hiciera del testimonio de la servidora (XXX), afirmando que pudo ser dicha funcionaria quien envió el fax contentivo de la orden de desembargo, culpándolo a él, en el informe originario de la actuación. Al respecto el funcionario a quo expresó detalladamente las razones que le asisten para dar credibilidad al dicho juramentado de la citada testigo.
- Expresó el procesado su inconformidad a los cargos, indicando que nunca fue vinculada la Servidora (XXX), a pesar de ser la ejecutora del proceso de cobro coactivo contra la firma (XXX). Al respecto reiteró el despacho que las pruebas señalan al acusado como la persona que envió el fax contentivo de la orden de desembargo y no permiten inferir responsabilidad en la funcionaria mencionada.
- Continuó el implicado enfocando su crítica al testimonio de (XXX), esta vez señalando la inexistencia de la prueba por supuesta falta de requisitos formales. El funcionario aquo respondió negativamente este planteamiento, afirmando que la declaración se recaudó bajo la gravedad del juramento, según amonestación previa a la diligencia.
- Frente a los testimonios de (XXX), el acusado afirmó que no puede otorgárseles credibilidad, porque sus dichos, están fundados simplemente en el comentario que a esas funcionarias hiciera la servidora (XXX) y nunca en una percepción directa. El aquo refutó este planteamiento, con el argumento de que existen otras pruebas documentales, testimoniales y de peritación, que corroboran el hecho de haber sido el procesado quien envió el documento reprochado via fax.
- Criticó igualmente el procesado, como argumento de descargos, el testimonio de la servidora (XXX), afirmando que dicha funcionaria reconoció que no pudo ver directamente el contenido del documento remitido por él vía fax. El funcionario de primer grado insistió sobre este aspecto que las restantes pruebas documentales y de peritación demuestran que únicamente fue remitido un fax de la División de Gestión Administrativa y Financiera y que fue precisamente el que pretendió ordenar el desembargo reprochado, devuelto en su momento por la Gobernación del Vaupés, el cual se pudo constatar fue enviado por el acusado.
- Los dos siguientes argumentos defensivos del encartado, reiteran su posición, ya expresada, sobre la imposibilidad de decretar mayores pruebas en la investigación, y en concreto la prueba grafológica. Al respecto, señaló que las muestras indubitadas no fueron sometidas a cadena de custodia. El aquo nuevamente explicó al disciplinado cómo se garantizó la inalterabilidad de las pruebas.
- Para finalizar los descargos que fueron recopilados por el procesado en un acápite denominado "DE LA INVESTIGACIÓN", el acusado reiteró que no podían considerarse como pruebas en esta actuación, la planilla de envío de fax, el testimonio de (XXX) y el dictamen grafológico. Adicionalmente, reclamó una vez más la presunta imposibilidad de abrir investigación en su contra, según él por no estar demostrada su responsabilidad y su autoría. El aquo despacho negativamente estos planteamientos, explicando una vez más al disciplinado cuales fueron los fundamentos que llevaron a decretar, recepcionar y valorar las pruebas criticadas.
- En un segundo grupo de argumentos de descargos, titulado "DEL AUTO DE CARGOS", el procesado fundamentó su defensa en afirmar que no existen pruebas que demuestren, en grado de certeza, su responsabilidad disciplinaria y la supuesta autoría del oficio 120242448-01292. También argumentó que existe duda sobre la hora en que fue finalmente enviado el aludido fax, con la orden de desembargo. Reclamó nuevamente la razón por la cual no se

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

vinculó a la servidora (XXX), responsable de la ejecución de (XXX). Agregó que no está probado el dolo en su comportamiento Señaló adicionalmente que el oficio de desembargo no tiene el carácter de acto administrativo, para adecuar su conducta al tipo penal mencionado en la acusación. Finalizando sus descargos, el procesado consideró que el fallador de instancia incurrió en asuntos ajenos a su competencia, al hacer análisis de tipo penal. Concluyendo su defensa, señaló el implicado que debe aplicarse en su favor el principio del in dubio pro disciplinado. Contrario a lo manifestado por el procesado el despacho de primer grado debió reiterar el cumplimiento del requisito probatorio de certeza en la demostración de la falta.

El capítulo subsiguiente del fallo realizó una fundamentación de la calificación de la falta, consagrada en el artículo 48, numeral primero de la Ley 734 de 2002. Para complementar el proceso de estructuración, el aquo analizó la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de prevaricato, consagrado en el artículo 413 del C. P. Con un amplio referente jurisprudencial, relacionado con los elementos del tipo penal citado, concluyó el fallador afirmando que la conducta objeto de acusación se mantiene probatoriamente, siendo procedente declarar responsable al acusado de haber cometido la falta, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar ampliamente debatidas a lo largo del proceso.

Consideró el fallador de instancia que la conducta del procesado no solo se adecuó al modelo abstracto del legislador, señalado en el pliego de cargos, sino que además afectó el deber funcional sin justificación alguna, considerado desde la legalidad de la función pública, la moralidad, la transparencia. De esta manera se estructuró el elemento de ilicitud sustancial, previsto en el artículo 5 del C. D. U.

Al referirse a la culpabilidad, corroboró el a quo que la falta objeto de reproche fue cometida por el disciplinado a título de dolo, sin que pudiera pregonarse en su favor alguna causal de justificación o inimputabilidad.

Definida la presencia de los requisitos probatorios necesarios para declarar la responsabilidad disciplinaria del implicado, procedió el operador de instancia a realizar un juicio de dosificación o graduación de la sanción, para el cual tuvo en cuenta la ausencia de antecedentes fiscales y disciplinarios en cabeza del procesado. Como argumentos en contra adujo el fallador el grave daño social de la conducta y la naturaleza esencial del servicio público prestado por la DIAN. Como conclusión de todas esas motivaciones el funcionario de primer grado declaró la responsabilidad disciplinaria del procesado y como consecuencia le impuso como sanción Destitución e inhabilidad general por el término de DOCE años.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, el procesado presentó y sustentó su recurso de apelación por escrito, contra el fallo sancionatorio de primera instancia.

La sustentación del recurso, realizada por el disciplinado, se estructuró en una total reiteración de cada uno de los descargos que fueron presentados por él en su oportunidad procesal. Para este efecto no solo hizo una transcripción literal, repetitiva, de los argumentos defensivos ya mencionados, transcribiendo igualmente la fundamentación del aquo, a través de la cual se emitió el respectivo pronunciamiento, al proferirse el fallo apelado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

Antes de dar inicio a estas consideraciones, es importante recordar al impugnante 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. ...".

Pese a los genéricos y abstractos argumentos que presenta el impugnante, el despacho procederá a revisar el fallo apelado, teniendo en cuenta las difusas razones de impugnación del recurrente.

Como primera medida, entrará el despacho a cotejar si efectivamente, tal como lo concluyó el despacho de instancia, se encuentran reunidos los requisitos probatorios mínimos necesarios para proferir un fallo sancionatorio. Lo anterior teniendo en cuenta que el argumento inicial y fundamental del apelante, está enfocado en demostrar que no existe prueba que demuestre en grado de certeza la existencia de la falta y su responsabilidad.

Con esta intención de revisión de la decisión apelada, resulta imperioso no perder de vista cuáles fueron los hechos objeto de la investigación y cuál el cargo formulados en contra del servidor encartado:

Frente al primer aspecto, (los hechos), en el caso que nos ocupa toda la actuación procesal estuvo direccionada, desde sus inicios y hasta el momento final, a investigar un hecho concreto, que consistió en el envío de una presunta o supuesta orden de desembargo del contribuyente (XXX), la cual fue remitida en la tarde del 22 de febrero de 2011, desde el número fax 7426606, perteneciente a la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, siendo recibida dicha orden ilegal en la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Vaupés, destinatario que al advertir posibles inconsistencias o irregularidades en el citado documento, dio inmediato aviso a la posible dependencia remitente, donde se corroboró que el levantamiento de la medida no era cierto.

Con base en estos hechos concretos se llamó a responder al impugnante, formulándole el siguiente cargo único:

"...El día 22 de febrero de 2011 el señor (XXX) habría proferido el oficio N° 120242448-01292 contentivo de la orden de desembargo abiertamente ilegal, que procuraba levantar la cautela que la División de Cobranzas de la DIAN – Tunja había impuesto a Cuentas por pagar a favor de (XXX) – identificado con Nit. 820.003.319-2, contribuyente al que se le seguía proceso de cobro distinguido con el radicado 2009-03036; para que dicha orden se hiciera efectiva, su remisión se hizo el mismo 22 de febrero de 2011 por parte del disciplinado a través del telefax institucional de la DIAN – Tunja número 7426606, siendo su destino la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Vaupés, la cual se proponía realizar un desembolso a favor de (XXX). ...".

Complementando el cargo anterior el funcionario de primera instancia afirmó que el investigado pudo incurrir en la presunta falta contemplada en el artículo 48, numeral primero de la Ley 734 de 2.002, consistente en realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito, sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. Para el caso subjudice, la conducta penal integradora de la falta objeto de acusación, fue el prevaricato por acción, descrito en el artículo 413 del C. P.

Hacemos precisión que fueron éstos los hechos y el cargo que motivaron la actuación disciplinaria, con su consecuente desarrollo probatorio. Las pesquisas iniciales permitieron la vinculación del servidor implicado, en etapa de indagación preliminar. Posteriormente, encontrándose cumplido

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 152 del C. D. U. (identificación del posible autor de la falta), el despacho de conocimiento abrió investigación formal, cumpliendo luego con las fases de cierre de investigativo, formulación de cargos, presentación de descargos y proferimiento del fallo pertinente, que puso fin al proceso ordinario, en su primera instancia, y que actualmente es objeto de revisión en sede de apelación.

Hay que advertir que durante el desarrollo del proceso disciplinario, la exigencia probatoria es diversa y se va haciendo mayor en la medida en que nos aproximamos a una decisión definitiva, plasmada en el fallo disciplinario. Así las cosas, fruto de una indagación preliminar, que a juicio del operador disciplinario, bien pudo adelantarse en averiguación de responsables, para lograr las finalidades establecidas en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002. La determinación o identificación del presunto responsable de la falta, se torna en el requisito de procedibilidad para dar inicio a una investigación formal disciplinaria. Ya en el momento de hacer la respectiva evaluación y formulación de cargos, el legislador nos exige únicamente que "...esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. ...". Finalmente la misma normatividad en cita nos ordena en su artículo 142 "...No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado. ...".

Frente a los hechos puntualmente resumidos en precedencia se decretaron y practicaron las siguientes pruebas testimoniales, documentales y de peritación que: evidencian las siguientes realidades probatorias:

1.- Pruebas Documentales:

1.1.- Para empezar contamos con los dos informes rendidos por las funcionarias DIAN: (XXX), servidoras que desempeñaban funciones en la misma dependencia del implicado y que referenciaron de manera detallada la forma en que la administración pudo tener conocimiento, el mismo día 22 de febrero de 2011, del procedimiento irregular que se estaba gestando ante la Gobernación del Vaupés. Fueron estas servidoras quienes constataron, con la inmediatez del caso, la ilegalidad del documento, pues conocedoras del expediente de cobro, sabían con claridad que para ese instante el competente no había ordenado el levantamiento de la medida cautelar, pues el contribuyente en cuestión tenía aún obligaciones pendientes. Estas mismas servidoras recordaron cómo, ante la gravedad del suceso y con el fin de frenar y corregir el citado procedimiento ilegal, realizaron las averiguaciones pertinentes ante la funcionaria (XXX), encargada del manejo de inventarios y correspondencia de la División Administrativa y Financiera de la Seccional, quien les manifestó en el acto, que el único funcionario que había enviado un fax, ese día por la tarde, había sido (XXX), hecho que pudieron corroborar con la planilla de control de envío de FAX y, según (XXX), con el libro radicador de oficios, donde pudo advertir dicha funcionaria que el radicado N°120242448-1292 fue diligenciado, "aparentemente", por el funcionario en mención. Estos documentos fueron remitidos al competente disciplinario, para dar inicio a la indagación respectiva.

1.2.- Documentalmente, se allegaron en dos oportunidades al proceso, copias del oficio 120242448-01292, contentivo de la presunta orden ilegal de desembargo que motivó el accionar disciplinario. Este documento, que presenta un encabezado de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, fue dirigido al Señor Secretario de Hacienda de la Gobernación del Vaupés, con el N° de oficio 120242448-01292. Con relación al cuerpo o contenido del citado oficio, se incluyó en la referencia el "...proceso administrativo de cobro N°2009-03036, seguido en contra de la Cooperativa Nacional para la Administración, Gestión Desarrollo de Entidades Territoriales LTDA. (XXX). ...". Concluido el asunto del oficio, se realizó en el mismo la siguiente solicitud expresa: "...solicito a usted ordenar a quien

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

corresponda, el DESEMBARGO de las cuentas por cobrar y/o pagar a favor de COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN, GESTIÓN DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (XXX), toda vez que la Cooperativa antes citada, a suscrito acuerdo de pago por las obligaciones adeudadas para con la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Tunja. ...Medida de Embargo que fuera ordenada mediante Resolución N° 20100223000001 del 03 de febrero de 2010 y comunicada a esa entidad por medio de oficio N°120242448-2121 del 17 de marzo de 2010. ...". Tal como lo expresó el funcionario a quo, "...Dicho oficio aparece suscrito de manera ilegible y fue remitido por FAX el 22 de febrero de 2011 a las 2:24 PM, al abonado 5642007, desde el número de teléfono de la DIAN de Tunja 7426606. ...". Ver fls. 4 y 27 del c. o.

1.3.- Junto con el documento anteriormente descrito, fue remitido desde el comienzo de la actuación otro documento denominado "...CONTROL PARA EL ENVÍO DE FAX DIVISIÓN DE GESTIÓN Y ASISTENCIA AL CLIENTE TUNJA 2010..." Teniendo en cuenta los hechos que son objeto de esta investigación, aparecen registradas o diligenciadas en este formato, dos llamadas del 22 de febrero de 2011, realizadas respectivamente a las 2:35 y 5:30, dirigidas ambas al número 5642041 cuyo destino fue dejado en blanco, para la primera llamada, y se registró como Gobernación del Vaupés, para la segunda marcación. Con relación a la dependencia remitente, se registró en las dos llamadas, posiblemente la palabra Cobranzas. En la columna de Funcionario, aparece una inscripción legible con el nombre "(XXX)", para la primera marcación y otra con el nombre "(XXX)", para la segunda llamada. Los dos registros de llamadas presentan firmas ilegibles al final de los renglones correspondientes. No se registraron más llamadas, en el documento en cita, realizadas el 22 de febrero de 2011, con destino a la Gobernación del Vaupés, número 5642041, posiblemente remitidas por el funcionario Román. Se exceptúa una llamada registrada el 23 de febrero de 2011, al 5642007 de la Gobernación del Vaupés, realizada presuntamente por la funcionaria "(XXX)" de cobranzas" a las 11:45". Ver fls. 5 y 72 del c. o.

1.4.- Otro de los documentos que fueron evaluados por la primera instancia, corresponde a la página correspondiente del libro de consecutivo de oficios remitidos en el GIT de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja. Tal como lo advirtió el a quo, en el radicado o número 12912, que es el que posiblemente se utilizó para elaborar el oficio con la orden ilegal de desembargo, remitida a la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Vaupés, se consignaron las siguientes anotaciones: "...Bienes, 11 de febrero, Registro...". Las restantes grafías son ilegibles. Ver fl. 6 del c.o.

1.5.- Fue igualmente anexado al investigativo un extracto de la hoja de vida del servidor implicado, donde se puede apreciar o corroborar que se encuentra vinculado desde el año 2005 a la Dian, encontrándose asignado al GIT de Cobranzas de la División de recaudo y Cobranzas, para la fecha en que sucedieron los hechos objeto de investigación. Ver fls. 66 y s.s. del c. o.

1.6.- Al folio 71 del c. o., obra la factura de servicios de telefonía Telecóm N°100265861 del mes de febrero de 2011, en la cual se reportan las llamadas realizadas el desde el teléfono institucional 426606 de la DIAN Tunja, abonado diferente al que se usó para remitir el FAX objeto de investigación, Concretamente se aprecia una marcación al número 5642041 de la ciudad de Mitú, realizada el mismo día de los hechos, 22 de febrero de 2011, a las 17 horas, 13 minutos y 27 segundos. Aparecen adicionalmente otras dos llamadas telefónicas realizadas al mismo abonado de la ciudad de Mitú, al día siguiente, 23 de febrero de 2011, a las 10 de la mañana.

2.- Pruebas Testimoniales:

2.1.- Los hechos referidos por las servidoras Leal Aperador y Corredor Puerto, en sus respectivos informes, fueron ratificados por ellas mismas, al ser escuchadas, bajo la gravedad del juramento,



Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

por el operador disciplinario de primer grado. Debemos reiterar entonces que estos testimonios corroboran las siguientes situaciones: Que, según información ofrecida el día de los hechos por la funcionaria (XXX), el único trabajador de esa dependencia que ingresó a enviar un fax, en las horas de la tarde, desde el abonado 7426606 de la DIAN, con destino al número 5642041 de la Gobernación de Vaupés fue el señor (XXX). Las declarantes afirmaron bajo la gravedad del juramento que este hecho fue constatado con la planilla de control de envío de FAX y, "aparentemente", según el dicho de la testigo LEAL APERADOR, con el libro radicador de oficios. También coincidieron las dos declarantes en expresar la ilegalidad de la orden de desembargo contenida en el documento fax que originó esta actuación, no solo porque no existió un acto administrativo que así lo ordenara, firmado por el funcionario competente, sino también porque Adicionalmente señalaron que el contribuyente en mención no había cancelado la totalidad de su obligación, objeto de cobro coactivo. Por último adujeron las dos servidoras que el citado expediente coactivo instaurado contra (XXX), nunca fue asignado al procesado para ejecutar El cobro respectivo, toda vez que siempre estuvo a cargo de la funcionaria (XXX).

2.2.- Con el fin de comprobar el dicho de las anteriores funcionarias, se escuchó igualmente en declaración juramentada a la servidora (XXX), quien dentro de sus funciones, contaba con el control de la correspondencia remitida vía fax en la entidad. Recordó la funcionaria que el día de los hechos, en horas de la tarde, observó al acusado enviar una hoja por el fax de la oficina, realizando el correspondiente registro de la información en la planilla control de envío de FAX. Sin embargo, resaltó la declarante que no pudo observar el destino ni el contenido del documento, situación que informó exactamente a la funcionaria (XXX) y posteriormente a su inmediato superior, Pedro José López Puerto, Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja y a la jefe del GIT de cobranzas, Flor Alba Corredor Puerto, quienes solicitaron la exhibición de las planillas de control de envío de fax y le recomendaron guardarlas con seguridad en su escritorio.

2.3.- Complementando las pruebas testimoniales hasta el momento referenciadas, se recibió la declaración jurada del señor Cesar Julio Vera Parada, representante legal de la firma (XXX). quien atendiendo la citación del operador de instancia y enterado del objeto de la diligencia, expresó no conocer al investigado, y señaló que únicamente solicitó el levantamiento de las medidas cautelares que pesaban sobre la firma por él representada, el 4 de agosto de 2011, fecha para la cual ya se había cancelado la totalidad de la obligación tributaria. Ante una pregunta concreta, el declarante manifestó enfáticamente no haber "dado ofrecido dinero por el presunto trámite irregular que motivó esta investigación.

3.- Prueba Pericial,

Teniendo en cuenta la posible dificultad existente para leer claramente los datos consignados en el renglón o fila 12 del documento "Control para el envío de FAX", referenciado en el numeral 1.3. que antecede, dentro de este recuento probatorio, el funcionario a quo elevó una solicitud de experticio técnico ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuya finalidad fue expresada de la siguiente manera:

"...respetuosamente solicitar se sirvan realizar el siguiente experticio técnico (prueba grafológica)...1. Establecer si la firma que aparece en la columna denominada "Firma" de la fila 12 (la cual empieza con la fecha 22 de febrero de 2011, con hora dos y treinta y cinco de la tarde) del documento original de la planilla control para el envío de Fax de la División de Gestión y Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, fue realizado o no por el Funcionario (XXX). ...2. Establecer si los números y las letras contenidas en las columnas "FECHA, HORA, NUMERO FAX, DESTINO, DEPENDENCIA Y FUNCIONARIO" de la fila 12 ...fueron elaboradas por el funcionario (XXX). ...".

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

Como resultado a la anterior solicitud se allegó al presente expediente disciplinario el estudio grafológico rendido por el Forense especializado Armando Rodríguez Lozano, con el radicado 257724 del 20 de febrero de 2012, el cual arrojó la siguiente conclusión: "...De acuerdo al material dubitado e indubitado allegado para estudio, se determina que: ...Las muestras de firmas extraproceso de (XXX)...se identifican con las grafías (firma y demás escritos) que contiene el renglón 12 de la hoja que indica la planilla de "CONTROL PARA EL ENVÍO DE FAX..."

Realizado el anterior recuento o resumen detallado de los medios de prueba allegados a lo largo de la investigación disciplinaria, el cual resulta necesario para poder entender cuál es la realidad probatoria existente frente a los hechos y cargos objeto de reproche, este despacho se ve abocado a manifestar su desacuerdo con la valoración realizada por la primera instancia, la cual le sirvió de insumo suficiente para considerar cumplida la exigencia probatoria requerida para sancionar al procesado.

Veamos cuáles son las principales diferencias de criterio entre esta instancia disciplinaria y el fallador a quo, con relación al análisis o valoración probatoria realizado en la decisión objeto de alzada:

1.- Al referirse al oficio 120242448-01292, a través del cual se remitió la orden ilegal de desembargo ante la Gobernación del Vaupés, luego de referenciar su contenido, el fallador de primer grado concluyó inmediatamente que quien lo elaboró fue el acusado (XXX), al parecer porque dicho servidor "...tuvo la oportunidad con antelación de conocer o revisar el expediente de cobro coactivo que se estaba adelantando al contribuyente en mención, ya que incorporó información demasiado concreta con el objeto de que la orden de embargo fuera creíble. ...".Este razonamiento resulta débil frente a la demostración de la conducta, pues si se aceptara, habría inmediatamente que considerar válida la posición que esgrime el procesado en su defensa, cuando interroga por qué razón no se vinculó entonces a cada uno de los otros funcionarios que igual que él pudieron tener acceso al expediente, por el simple hecho de laborar en el mismo GIT de Cobranzas, máxime si quedó probado que los expedientes de cobro no tenían seguridad alguna y, de esta manera, podían ser consultados por otros servidores de la dependencia.

El oficio objeto de la orden ilegal que fue objeto de investigación, por sí solo, no es prueba que permita colegir la autoría o elaboración del mismo, en cabeza del procesado (XXX), pues claramente se aprecia en las copias allegadas a la investigación, que fue suscrito de manera totalmente ilegible, situación que imposibilitó cualquier cotejo grafológico al respecto. Este aspecto es reconocido por el propio fallador de instancia en su análisis probatorio. Adicionalmente, no puede aceptarse tampoco, como lo pretende el a quo, que las demás pruebas obrantes en el plenario, constituyan evidencia de la autoría en cabeza de (XXX). Tal como lo iremos explicando a partir de esta motivación, las restantes pruebas simplemente denotan el posible envío de un documento por parte del servidor acusado, sin que pueda concluirse que dicho documento corresponde efectivamente al oficio 120242448-01292, que aquí se investiga. De la misma manera tampoco se aprecia en las motivaciones del fallo, una referencia expresa o un estudio del aludido hecho indicador que le permite, a través de esas otras probanzas, deducir con certeza que el autor del documento en cita fue efectivamente el procesado.

2.- En una consideración subsiguiente, el fallador a quo evidencia que el funcionario (XXX) "...no remitió, como suele suceder, una resolución independiente que ordena el desembargo, junto con la comunicación de la decisión de cesación de la cautela. ...". Inmediatamente, vuelve a aseverar la primera instancia que: "...el funcionario adoptó la decisión de levantar la medida cautelar con el Oficio N°120242448-01292. ..."No encuentra este despacho soporte probatorio alguno que

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

sustente esta afirmación del a quo, para asegurar que fue el procesado, precisamente, el autor del documento en mención, razón por la cual debe rechazarse dicho razonamiento.

3.- Continuando con el análisis probatorio, el aquo hizo referencia, en el numeral 4 de las pruebas del fallo, a la página del libro de consecutivo de oficios remitidos por el GIT de Cobranzas, donde se lee: "...Bienes, 11 de febrero de 2011, Registro. ..." No logra entender este despacho cuál es el aporte de dicho registro al objeto de prueba de la investigación, siendo posiblemente esta la razón por la cual el operador de primer grado no hizo sino una mención silenciosa a dicha prueba, sin ninguna argumentación o análisis adicional.

4.- Con relación a los informes de las servidoras públicas que originaron esta actuación y a las posteriores declaraciones juramentadas ofrecidas por dichas servidoras y los dos testimonios adicionales que fueron allegados, este despacho debe hacer notar al funcionario a quo, tal como lo dijimos al comienzo de los considerandos, en el acápite precedente, que dichas pruebas solamente demuestran la forma en que se desarrollaron los hechos, llegando al conocimiento de la Administración Seccional de Impuestos de Tunja, donde se dio el inmediato traslado al competente para iniciar la actuación. Pero en ningún momento puede probarse con las citadas pruebas testimoniales, directa o indirectamente, que fue el procesado el autor de la orden ilegal que se investiga. Sin lugar a dudas, las deponencias referidas dan fe que el disciplinado envió un fax en la tarde del 22 de febrero de 2011, pero no puede concluirse, como lo pretende significar la primera instancia, que únicamente se remitió un fax del número telefónico 7426606 y que efectivamente corresponde al oficio 120242448-01292, razón para atribuirlo exclusivamente al procesado. La ausencia de certeza o capacidad probatoria radica precisamente en las diferentes informaciones que se reciben de los restantes medios probatorios. Nótese que en el estudio grafológico realizado a la planilla de control para el envío de FAX se probó que en el renglón o fila 12 del formato remitido a estudio, se registró el envío de un documento FAX el 22 de febrero de 2011; a las 5:30; dirigido al número 5642041; sin anotación de destino; con una inscripción ilegible de la dependencia; con la inscripción del nombre Román como funcionario remitente y con una firma ilegible, en la cual se encontraron identidades gráficas con los documentos indubitados remitidos para la realización de la prueba. Como puede verse, el documento indubitado no coincide con el oficio 120242448-01292, originario de la investigación, pues es claro que éste último se remitió al número 5642007, a las 2:24 p.m, siendo enviado del N°7426606, que efectivamente es un abonado institucional de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja.

La incertidumbre probatoria aumenta, si se tiene en cuenta, tal como lo expresamos al estudiar la planilla de control de FAX, que en dicho documento se registraron dos llamadas del 22 de febrero de 2011, realizadas respectivamente a las 2:35 y 5:30, dirigidas ambas al número 5642041 cuyo destino fue dejado en blanco, para la primera llamada, y se registró como Gobernación del Vaupés, para la segunda marcación. Con relación a la dependencia remitente, se registró en las dos llamadas, posiblemente la palabra Cobranzas. En la columna de Funcionario, aparece una inscripción legible con el nombre "(XXX)", para la primera marcación y otra con el nombre "(XXX)", para la segunda llamada. Los dos registros de llamadas presentan firmas ilegibles al final de los renglones correspondientes. No se registraron más llamadas, en el documento en cita, realizadas el 22 de febrero de 2011, con destino al número 5642041 de la Gobernación del Vaupés. Cualquiera de estas dos llamadas vía Fax, pudo haber sido la portadora de la orden ilegal de desembargo, pero pese a ello, la actividad probatoria al respecto no fue efectiva, para poder haber tomado un decisión con certeza, posiblemente frente a pruebas indiciarias serias, que permitieran calificar definitivamente al procesado como autor del oficio objeto de tanto reproche.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

Observa este despacho que al querer profundizar probatoriamente sobre el tema, el operador de instancia solicitó a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, copia de la factura de servicios de telefonía Telecóm N°100265861 del mes de febrero de 2011, en la cual se reportan las llamadas realizadas el desde el teléfono institucional 426606 de la DIAN Tunja, **abonado diferente al que se usó para remitir el FAX objeto de investigación**, Concretamente se aprecia una marcación al número 5642041 de la ciudad de Mitú, realizada el mismo día de los hechos, 22 de febrero de 2011, a las 17 horas, 13 minutos y 27 segundos. La anterior situación, generó mayor duda o confusión, al aparecer una tercera llamada, efectuada desde otra oficina de la DIAN Tunja, desde la cual pudo haberse enviado la ilegal orden de desembargo. Este último acontecimiento, también permaneció huérfano de toda actividad probatoria.

5.- Continuando con la valoración de la prueba y al referirse en concreto al extracto de la hoja de vida del procesado, el funcionario a quo colige en dicho documento la facultad demostrativa de probar una "posición privilegiada del encartado, quien por su desempeño funcional pudo tener acceso a los expedientes, libros radicadores de la oficina, con lo cual se concluye nuevamente que fue el servidor (XXX) quien extendió "la orden abiertamente ilegal de desembargo. ...". Nuevamente, resulta imperioso para esta segunda instancia, rechazar este tipo de planteamientos, que lo único que permiten es desvertebrar la actividad procesal efectuada, en el entendido de que bien pudiera haberse vinculado a la investigación a todos y cada uno de los servidores que funcionalmente se relacionaban con la oficina donde funcionaba el GIT de gestión de Cobranzas, con acceso a los expedientes y a la información allí tramitada.

6.- Otro de los argumentos que resultan débiles para este despacho ad quem, está relacionado con el posible estudio que realizó el fallador de instancia, sobre el oficio 120242448-01292, que como ya lo hemos reiterado transmitió la orden ilegal de desembargo. Resaltó el operador disciplinario de primer grado que la servidora (XXX), manifestó en su declaración, que al percatarse de la improcedencia del levantamiento de la medida, comunicó a la Secretaría de Hacienda de Vaupés, vía telefónica, que hicieran caso omiso a la orden por ellos recibida, la cual fue objeto de constatación posterior. Para el aquo, "...Este último tópico demuestra que el oficio No. 120242448-01292 tenía vocación para surtir los efectos pretendido, esto es, levantar la medida cautelar, ya que fue necesario librar nueva orden, por parte de los funcionarios de cobranzas, a efectos de abdicar, lo dispuesto en el oficio No. 120242448-01292 del 22 de febrero de 2011. ...". Nada más desatinado que esta consideración, si se tiene en cuenta que fue precisamente la grosera o evidente ilegalidad del oficio, la que alertó inmediatamente a los funcionarios de la Secretaría de Hacienda para constatar primero la información que, como se dice coloquialmente, reflejaba "de bulto" su ilegalidad, al emitirse una orden mediante un simple oficio, sin firma legible del funcionario competente. Lo anterior nos permite afirmar que por lo menos entre servidores con alguna experiencia jurídica administrativa, tal como efectivamente sucedió el oficio de marras no contaba con ninguna vocación para conseguir el efecto requerido, máxime cuando se señalaba como razón un simple acuerdo de pago y no el cumplimiento efectivo del mismo a través de la cancelación total de la deuda, reflejada en un auto de terminación de la actuación administrativa, debidamente publicitado y ejecutoriado.

7.- Continuando con esta crítica, simplemente constructiva, referente a la argumentación o motivación del a quo, llama verdaderamente la atención el análisis del testimonio ofrecido por el ciudadano Cesar Julio Ver Parada, representante legal del contribuyente (XXX). Quien de manera sencilla y atendiendo el cuestionario del interrogador de la prueba, expresó no haber tenido ningún conocimiento o vínculo con el disciplinado. Igualmente, ante una pregunta, carente de la más mínima técnica jurídica, como lo fue el tratar de interrogarlo, sobre el presunto ofrecimiento de dineros, para el levantamiento de las medidas que pesaban sobre su representada, la respuesta obvia y natural del deponente fue negativa, afirmando además que al asumir su condición de

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

representante legal de la compañía, solamente solicitó el levantamiento de la medida, el 4 de agosto de 2011, cuando observó que para esa fecha, posterior a los hechos que aquí se investigan, ya se había cancelado la totalidad de la obligación tributaria perseguida por la administración. El análisis que al respecto hace el fallador aquo, causa, total extrañeza, por decir lo menos, pues contradictoriamente, inicia refiriendo características de honestidad y compromiso en el deponente, para luego, sin mayores argumentos, considerar falaz su testimonio, ofreciendo el mismo operador una explicación al respecto, fruto de una suposición personal. Reflejada en la siguiente transcripción literal: "...resulta entendible que el señor VERA PARADA falte a la verdad en su testimonio, ya que el reconocer un trámite clandestino e ilegal para el levantamiento de la cautela de marras, equivaldría a aceptar su autoría en un ilícito de cohecho comprometiendo su responsabilidad penal. Pareciera ser que el funcionario instructor quisiera conducir el testimonio y obligar al declarante a contestar hechos que solamente tendrían posibilidad jurídica, en el imaginario del director de la prueba, pero nunca en la realidad fáctica del proceso.

8.- Para finalizar este análisis, es necesario emitir un pronunciamiento sobre el último párrafo igualmente valorativo de las pruebas, realizado por el fallador de instancia al expresar: "...De conformidad con las pruebas analizadas en precedencia, la orden de desembargar las cuentas del contribuyente (XXX) se libró por acto administrativo remitido mediante FAX por el señor (XXX), quien con el propósito de ocultar su identidad ante la Secretaría de Hacienda del Vaupés, colocó su nombre ilegible y con la firma distorsionada, con el objeto de que una vez fuera levantada la medida cautelar, se entorpeciera el seguimiento y la determinación de la persona que había librado la orden de desembargo. ...". Asumiendo una posición que puede tornarse reiterativa, vemos con preocupación cómo el argumento valorativo del fallador de instancia parte de un hecho que no se encuentra probado en el proceso, como lo es inferir la autoría del documento reprochado al acusado. Acompañando el argumento de una serie de conjeturas carentes de respaldo probatorio. Para ser más explícitos sobre el tema, considera esta instancia pertinente traer a colación uno de los reiterados estudios con los que la doctrina ha enseñado las diferencias que existen entre una prueba indiciaria y una simple sospecha:

"...Diferencia entre indicio y sospecha.- Porque ambos sirven para una inferencia, con demasiada frecuencia se da a la sospecha la calidad de indicio y se la emplea, equivocadamente, como medio de prueba. **Es necesario, sin embargo, diferenciarlos claramente, para evitar los peligros que su confusión acarrea.** ...Sospechar, según la real Academia de la Lengua, es aprehender o imaginar alguna cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. Cuando en el lugar de comisión del hecho delictuoso se encuentra un objeto que se cree o se reputa como del sindicado, pero sobre el cual no existe prueba plena, se está en presencia de una sospecha, la que puede servir al funcionario instructor de base para sus investigaciones, pero en manera alguna puede tenerse como fundamento para concluir respecto a la presencia de ese individuo en el lugar del hallazgo del objeto. Para que esta sospecha se torne en indicio, es necesaria la prueba de que lo hallado sí le pertenecía. ...Con razón afirma Dellepiane: "**La sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda**", como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (latu sensu) que requiere verificarse"...El indicio y la sospecha parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica y jurídica; en cambio la sospecha carece de tal demostración, se funda en suposición, conjetura, apariencia. ..." (Peláez Vargas Gustavo, Manual de Pruebas Penales, Jurídicas Wilches) (Subrayado fuera de texto).

Bastan estas consideraciones para concluir que el requisito probatorio de certeza sobre la existencia de la falta se encuentra ausente en la presente actuación. Sin lugar a dudas, la estructuración de la falta que fue objeto de acusación estaba construida en la demostración objetiva del tipo penal de prevaricato, como integración o complemento al tipo en blanco,

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario ITRC No. 1704-2012-08.

disciplinario. Sin embargo, al no poderse probar con certeza que el procesado fue efectivamente el autor del documento objeto de reproche, tal como se ha venido motivando hasta este momento, la construcción objetiva del tipo penal pierde toda firmeza, quedando la actuación enfrentada a una serie de dudas, que al no poder ser eliminadas, nos conducen necesaria e imperiosamente a aplicar el principio rector de la Ley Disciplinaria, consagrado en el la parte final del artículo 9 de la Ley 734 de 2002, conocido como el In dubio Pro Disciplinado.

Con estas simples consideraciones el despacho revocará totalmente la decisión apelada y en su lugar procederá a Absolver al procesado de los cargos que fueron objeto de esta investigación. Como consecuencia de la absolución, que pone término a la actuación disciplinaria, el expediente será archivado definitivamente.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR TOTALMENTE el fallo apelado, de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior determinación, **ABSOLVER** al procesado (XXX), identificado con la C. C. NO. (XXX) del cargo que fue objeto de investigación en el presente proceso.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión al sujeto procesal, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101 y 107de 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. Ejecutoriada materialmente esta decisión **ARCHIVAR** físicamente el expediente.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE
Directora General

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez