

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

**OBLIGATORIEDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO DE INFORMAR SU SITUACIÓN JURÍDICA.**

En efecto encuentra este despacho de segunda instancia, que un funcionario público que no dé cuenta cumplida a su nominador de su situación jurídica claramente debatida en sede Judicial y por ende plenamente conocida por el penado, denota una conducta irregular que debe ser reprochada por la Administración<sup>1</sup>, pues claramente trasciende la esfera de lo personal para invadir el recto ámbito institucional, en razón a las disposiciones normativas administrativas y disciplinarias que en tal sentido prohíjan el régimen de inhabilidades incompatibilidades y conflictos de intereses a los que se someten todos los funcionarios públicos, en aras de salvaguardar la recta Administración y Función Pública<sup>2</sup>.

**FUENTE FORMAL:** LEY 190 DE 1995 – ARTICULO 6 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 17

**CAUSAL DE EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD – Convicción errada e invencible**

En tal sentido el error de tipo como causal eximente de responsabilidad disciplinaria sólo lo será cuando pese a la diligencia debida de abordar en grado de asertividad la solución jurídica acorde con los postulados Constitucionales, agotando todos los medios a su alcance el funcionario no haya podido superar su falso juicio de la realidad y allí entonces sí se estaría en presencia de un factible error «insuperable» o «insalvable». No se trata de un simple convencimiento personal de que se obra bien o en forma adecuada, por el contrario son acciones concretas probadas para agotar las posibilidades propias – según sus circunstancias- que hará inculpable su proceder<sup>3</sup>.

**FUENTE FORMAL:** LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 28 NUMERAL 6

<sup>1</sup> (...)Es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador consagre como una de las sanciones derivadas del proceso disciplinario las inhabilidades, puesto que ello se enmarca dentro de un ámbito de razonabilidad y proporcionalidad que no desconoce los valores, principios y derechos consagrados en la Carta, sino que, por el contrario, procura realizar los fines delineados por el constituyente, entre otros, el acatamiento de los fines de la función pública como elemento estructural de la prevalencia del interés general(...). **Sentencia C - 028 de 2006.**

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria Bogotá D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012) Aprobado en Acta de Sala Extraordinaria n.º 011. Radicación No. 161 – 5349 (IUS 2011 – 381575).

CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA - Elementos

En cuanto al argumento de defensa de que no se podían evaluar ni tener en cuenta la experiencia y formación académica del disciplinado para deducir la estructuración del dolo, debe decir esta instancia que la doctrina y la jurisprudencia han establecido contrario sensu a tal planteamiento, que la culpabilidad en materia disciplinaria como elemento subjetivo de la estructura de la responsabilidad debe configurarse y analizarse a partir del contexto funcional y conductual del disciplinado teniendo en cuenta para ello los siguientes elementos<sup>4</sup>:

- 1. Condiciones personales y laborales del actor y una acción que lo vincule objetivamente con la falta, esto es mediante una relación de causalidad. (subraya fuera de texto).
- 2. La imputabilidad que atañe a una condición psicofísica presumible en el servidor público, pues las mismas exigencias requeridas para imputar subjetivamente un resultado son demandadas para el desempeño de las funciones públicas.
- 3. La culpabilidad en sentido estricto que designa el conocimiento y la voluntad de la falta concreta a cuya comisión se puede llegar a título de dolo, bien por la relación de la conducta con las exigencias de conocimiento de las circunstancias fácticas o normativas que delinean el campo de acción del servidor público, para evaluar las posibilidades de evitabilidad del resultado, o porque la conducta se encuentra siendo constitutiva de un estado psicológico querido por el autor, creador de un riesgo al deber funcional<sup>5</sup>. (subrayas fuera de texto).

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 13

|                           |                                                                 |
|---------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| Dependencia:              | Dirección General                                               |
| Número del Proceso:       | 1704-01-2014-0069                                               |
| Número y fecha del fallo: | 00029 del veintidós (22) de diciembre de dos mil catorce (2014) |
| Asunto:                   | Fallo de segunda instancia                                      |
| Criterio de Selección:    | Fallo de primera instancia confirmado en segunda instancia.     |

<sup>4</sup> Isaza Serrano Carlos M. Teoría General Del Derecho Disciplinario – Culpabilidad De Las Faltas; Edit. Temis 2009 segunda edición pag-157 y SS.  
<sup>5</sup> Ibídem.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el togado (XXX), en su condición de defensor de confianza del procesado (XXX), contra la decisión del pasado cinco (5) de noviembre de 2014 por medio de la cual la subdirección técnica de investigaciones disciplinarias de esta Agencia ITRC, profirió fallo sancionatorio de primera instancia dentro del proceso administrativo disciplinario No.1704-01- 2014-069.

**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 0985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

**HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES**

1.- Al presente juicio verbal, luego de adelantarse la correspondiente etapa de instrucción<sup>6</sup>, fue llamado a responder disciplinariamente el funcionario de la UAE-DIAN (XXX) <sup>7</sup>, por la posible incursión en la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 del CDU,

<sup>6</sup> Ver Ex. 2013-092, auto No.17417-227 –(fol-401 Con.2).

<sup>7</sup> (XXX), identificado con la cédula de ciudadanía número 72.170.328, quien para la época de los hechos tenía la calidad de servidor público, en ejercicio del cargo de Gestor II 302-02, de la División de Gestión de Recaudo, Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

referente a *“actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses”*, providencia notificada mediante apoderado al encartado<sup>8</sup>.

2.- Lo anterior con ocasión de los hechos<sup>9</sup> informados por la subdirección de gestión de representación externa de la DIAN, donde se allegaron al instructivo copias de las sentencias judiciales que le imponían pena de prisión de 92.7 meses y la accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos por el mismo término, entre otros funcionarios de la misma entidad, al aquí enjuiciado (XXX)<sup>10</sup>.

3.- En audiencia de juicio verbal del pasado cinco (5) de noviembre del año en curso<sup>11</sup>, mediante apoderado de confianza el procesado respondió los cargos anteriores, igualmente se solicitaron, aportaron y practicaron pruebas en el transcurso de la audiencia.

4.- Practicado el acervo probatorio y escuchados los alegatos de conclusión planteados por la defensa, el despacho a-quo profirió en la misma audiencia fallo sancionatorio declarando disciplinariamente responsable al funcionario (XXX), de la conducta descrita en el núm.17 del artículo 48 del CDU cometida a título de dolo, sancionando en consecuencia al enjuiciado con la destitución del cargo e inhabilidad general por el término de doce (12) años.

### FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante resolución del (5) cinco de noviembre de 2014<sup>12</sup> el subdirector técnico de investigaciones disciplinarias de esta UAE Agencia ITRC, profirió fallo de primera instancia en el cual resumió en algunos párrafos los hechos objeto de investigación; el cargo formulado y los argumentos defensivos del procesado planteados a lo largo del juicio verbal, como de los alegatos de conclusión. De la misma manera se resumieron valoraron y evaluaron conjuntamente la totalidad de las pruebas recaudadas a lo largo de toda la actuación.

<sup>8</sup> Esta providencia se notificó personalmente al entonces apoderado del investigado (XXX), doctor (XXX) (fol. 397) y mediante edicto a los demás investigados, (folios 398 y 399 del instructivo).

<sup>9</sup> Los hechos desencadenantes de la acción penal se relacionaron con la alteración de las cuentas corrientes de varios contribuyentes con deudas tributarias, las cuales fueron canceladas sin que existiera soporte físico o magnético para ello, estableciéndose a través de labores investigativas, la existencia de una organización integrada por particulares, funcionarios y ex funcionarios de la DIAN, quienes desde las ciudades de Bogotá y Barranquilla alteraban las cuentas de cobro a cambio de un porcentaje proporcional reconocido por el contribuyente beneficiado con el procedimiento.

<sup>10</sup> Por auto 17417-227 del 19 de marzo de 2014 se realizó por el despacho instructor ruptura de la unidad procesal (fol-400-403 Cn 2).

<sup>11</sup> Ver folio 643-658 Cn 3.

<sup>12</sup> Ver folios 643-658 Cn. 3.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

-----

Inmediatamente después, la primera instancia inició su exposición de motivos citando la normatividad que le atribuye competencias para fallar el sub examine; a renglón seguido nombran en el fallo impugnado los preceptos legales que describen en materia disciplinaria, la exigencia probatoria mínima para sancionar y el sistema de valoración o apreciación integral probatoria.

Al respecto consideró el fallador de primera instancia, que con base en el análisis probatorio decretado y practicado legal y oportunamente en el plenario, tanto en la etapa de instrucción como en la de juicio, la imputación que se formuló al investigado dentro de la citación a audiencia y cargos, constituyó una imputación diáfana y concreta, de suerte que el disciplinado conto con todas las posibilidades procesales de ejercer sus derechos de contradicción y defensa respecto de la misma, para proceder a decidir como en derecho correspondía.

Continuando con la motivación del fallo, referente a la valoración probatoria, estimo el a quo que se encontraba probada la materialización de la conducta típica e ilícitamente sustancial endilgada en el pliego de cargos<sup>13</sup> al funcionario (XXX), en cuanto a que de la valoración conjunta de las pruebas allegadas al plenario, se estableció en grado de certeza que el factor determinante que dio lugar a la configuración de la conducta de *“actuar u omitir a pesar de existencia de causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses”*, tuvo su origen en que pese a haber sido condenado el disciplinado (XXX) a pena privativa de la libertad y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ejerció las funciones propias del cargo que ostentaba en la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla - DIAN, durante el período comprendido entre el 19 de enero de 2012<sup>14</sup> al 11 de abril de 2013<sup>15</sup>.

En tal sentido considero el despacho a-quo que la conducta endilgada al procesado, se adecuaba a la descripción típica del artículo 48 núm.17 del CDU arriba referido, toda vez que quedó demostrado en grado de certeza en el expediente, la inobservancia en el cumplimiento de la inhabilidad por parte del disciplinado, sentenciada por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal<sup>16</sup>, lo que tuvo como consecuencia la configuración de la conducta reprochada en sede disciplinaria.

<sup>13</sup> Ver folio 365-372 Cn 2.

<sup>14</sup> Fecha de ejecutoria de la decisión de inadmisión del recurso extraordinario de casación proferida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

<sup>15</sup> Fecha de la resolución No.002833 del 11 de abril de 2013 por medio de la cual la DIAN desvincula por inhabilidad sobreviniente al enjuiciado (fol. 514 a 520).

<sup>16</sup> Ver folio 36-74 Cno anexo 1

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

Continuando el despacho a-quo con la motivación del fallo, argumentó el cabal cumplimiento del requisito de la ilicitud sustancial satisfecho, al expresar que la conducta imputada al procesado vulneró su deber funcional sin justificación alguna, pues en su condición de servidor público debía actuar bajo postulados de moralidad pública, diligencia, eficiencia, eficacia, y cuidado en sus actuaciones, es decir a partir de normas rectoras de su ejercicio, tal como lo establece la ley disciplinaria en sus artículos 5 y 22, por cuanto, al asumir su cargo el disciplinado, se comprometió a cumplir con fidelidad cabalidad y respeto sus deberes funcionales, legales y constitucionales; situación que considero el despacho instructor que en el sub examine no se cumplió en estrictez, sino que por el contrario el expedientado mancilló los principios enunciados de la función pública a los que estaba obligado acatar, sin justificación alguna.

Con relación al requisito estructural normativo de la culpabilidad de la falta, mantuvo el fallador de primera instancia su posición esbozada en el auto de cargos, al considerar que la falta objeto de sanción debía ser imputada a título de dolo, por cuanto consideró que el funcionario era plenamente capaz de comprender la ilicitud de su comportamiento, dada su larga trayectoria en la entidad, la comprensión de las repercusiones legales de su actuar y el contenido de las normas que regulan la materia.

Por lo anterior concluyo el despacho a-quo que el investigado conocía la determinación que en su contra se adoptó por la autoridad penal, en el sentido de condenarlo a pena privativa de la libertad y a la accesoria inhabilitación para el ejercicio de cargos y funciones públicas, porque el investigado interpuso recursos ordinarios y extraordinarios de apelación y casación respectivamente por conducto de apoderado de confianza, lo cual confirmaría su conocimiento y conciencia acerca de la existencia de tales decisiones adversas a sus intereses; a pesar de ello se decidió por seguir continuando en el ejercicio del cargo y absteniéndose de entregar el debido reporte de rigor al nominador, como lo exigía la norma y en cumplimiento de la sentencia judicial condenatoria en su contra<sup>17</sup>.

En el acápite subsiguiente, titulado contestación a los argumentos de defensa, el fallador de primer grado hizo énfasis en que no le asiste razón a la defensa, en la pretensión de justificar la conducta del investigado, en el sentido de que su reintegro a la entidad obedeció a la decisión de

<sup>17</sup> Art 6 ley 190-1995- Art 48 núm. 17 ley 734 de 2002.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

la autoridad penal que lo exoneró en primera instancia de responsabilidad penal y que por tanto, su ejercicio a partir de entonces era legítimo.

Indico el libelista que conforme se lee en los documentos allegados en el curso de la actuación, el señor (XXX) fue absuelto por el Juez Penal de primer grado, pero dicha decisión fue impugnada por la Fiscalía General de la Nación,alzada a propósito de cuyo trámite se emitió decisión condenatoria, como se lee en la sentencia de fecha 24 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Penal, mediante la cual se declaró al señor (XXX), coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir, falsedad material en documento público y cohecho, (fls. 55 a 95 Cn 1) imponiéndosele por tales delitos la pena principal de 92,7 meses de prisión y la pena accesoria de Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal.

En tal sentido señalo el despacho de primer grado que al cobrar firmeza y ejecutoria la decisión de inadmisión del recurso extraordinario de casación proferido por la H. Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 7 de diciembre de 2011, ejecutoriado el día 19 de enero de 2012, el señor (XXX) tenía el deber legal de reportar a la DIAN la situación jurídica en la que se encontraba, por pesar sobre éste una condena penal de donde surge que al obviar tal obligación y mantenerse a partir de entonces en el ejercicio del cargo, lo que ocurrió hasta el 11 de abril de 2013, su desenvolvimiento funcional en la entidad resultó ilegítimo por inhabilidad sobreviniente, aunado a que el actuar del investigado en tal sentido fue voluntario y consciente de ocultar tal situación a su entidad nominadora.

En lo concerniente a la calificación de la falta, el despacho a quo mantuvo la posición previamente asumida en el auto de cargos, en consecuencia califico la conducta imputada disciplinariamente al funcionario (XXX), como gravísima a título de dolo, al hallarla enmarcada en los preceptos normativos del artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002.

En el proceso de dosificación de la sanción, atendiendo a la calificación concreta como gravísima a título de dolo imputada al disciplinado, consideró el despacho de primera instancia viable la imposición de la sanción disciplinaria consistente en destitución e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de doce (12) años, teniendo en cuenta para la graduación de la sanción los criterios normativos en su favor del artículo 47 del CDU, en cuanto a

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

su ausencia de antecedentes disciplinarios y como criterios en su contra, que conocía de la ilicitud de su conducta irregular y el grave daño social de la misma.

### SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es con la sustentación en audiencia del recurso de alzada fechado el día cinco (5) de noviembre del 2014<sup>18</sup>, el defensor del procesado solicitó de este despacho de segunda instancia la absolución de su prohijado, con base en los siguientes argumentos:

Alego el inconforme que no se puede predicar el dolo del encartado a partir de criterios o situaciones personales del sindicado, como su experiencia en la entidad y que no es una persona iletrada. En tal sentido señalo algunos postulados doctrinales del elemento subjetivo de la conducta referida al dolo en materia punitiva y manifestó que *"Jamás podrá llegarse a la prueba del dolo si no se tiene la prueba que el sujeto orientó su voluntad consciente hacia la causación de un resultado, hecho este que es muy distinto a tener experiencia y formación académica y deducir entonces de manera automática el dolo" sic.*

Por otra parte agrego que no está suficientemente probado en el plenario que el señor (XXX) tuviera conocimiento de la configuración de la inhabilidad sobreviniente producto del fallo condenatorio penal en su contra, pues el mismo disciplinado manifestó que no había tenido conocimiento acerca de la condena penal que le sobrevino dentro del proceso que se seguía en su contra y que en tal sentido declaró la señora (XXX) adscrita a la DIAN Barranquilla, quien manifestó que no le constaba que el señor (XXX) supiera de la inhabilidad que le sobrevino.

Por otra parte planteó el abogado apelante que la conducta del disciplinado estuvo revestida de un error de tipo, porque *"estas situaciones debidamente probadas permiten afirmar que la conducta del señor (XXX), estuvo amparada en un error de tipo, fruto de un error invencible, pero de ninguna manera conforme al acervo probatorio se puede afirmar que el actuar del señor (XXX) fue doloso y por lo tanto está sujeto a una sanción de carácter disciplinario conforme a las definiciones hechas acerca del dolo en esta audiencia la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que el dolo debe probarse y jamás presumirse para imponer una sentencia de carácter sancionatoria contra el investigado. Sic.*

<sup>18</sup> Ver folios 547-553 Cn 3.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

En síntesis, estos fueron los planteamientos por los cuales el defensor solicitó la absolución de responsabilidad disciplinaria de su prohijado.

Por auto del 18 de noviembre de 2014<sup>19</sup>, este despacho dio aplicación al inciso séptimo del artículo 180 del CDU, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, corriendo traslado a los sujetos procesales apelantes, por el término común de dos (2) días, para que si lo quisieran presentaran alegatos finales del recurso de apelación.

Cumplida la notificación a los sujetos procesales por Estado No.019 del 5 de diciembre de 2014<sup>20</sup>, y surtido el traslado pertinente, los recurrentes no hicieron uso de dicha oportunidad procesal, por lo tanto se recibió nuevamente el infolio en este despacho de segundo grado, para desatar la alzada.

### CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Previo a dar inicio a las consideraciones de instancia, es importante precisar que de conformidad con las prerrogativas legales consagradas 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 inescindibles a la impugnación...”Sic.*

Esta segunda instancia para determinar si le asiste razón o no al recurrente, indicara cual es la situación probatoria del expediente respecto del disciplinado (XXX), extractara de ella las conclusiones a las que allá lugar y dará respuesta específica a los planteamientos invocados por la defensa.

Sobre el particular se tiene que la imputación disciplinaria que hiciera el despacho a-quo al disciplinado mediante auto de citación a audiencia verbal y cargos del 30 de septiembre de 2013<sup>21</sup>, se relacionó con la posible incursión en la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 del CDU, referente a *“actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses”*, por cuanto el disciplinado no

<sup>19</sup> Ver folios 733 Cn 3.

<sup>20</sup> Ver folio 733-737 Cn 3.

<sup>21</sup> Ver folio 433 y ss.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

-----  
dio informe oportuno a su nominador- Dian, de la inhabilidad sentenciada en su contra por el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Penal<sup>22</sup>, consistente en pena principal de 92.7 meses de prisión y la accesoria de Inhabilidad para el ejercicio cargos y funciones públicas por el mismo término, condena que cobro firmeza y ejecutoria el día 19 de enero de 2012, con la decisión del recurso extraordinario de casación denegado por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup>.

Lo anterior tuvo como consecuencia la configuración de la conducta reprochada en sede disciplinaria, en concordancia con el Art 6 de la ley 190-1995, el cual establece que *"En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio"*, en relación con el artículo 48 numeral 17 del CDU<sup>24</sup>.

A la anterior imputación arribó el despacho a quo, con base en el siguiente acervo probatorio.

- Oficio No.10020200281 del 3 de abril de 2013, por medio del cual la Directora de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN, remitió a la Dirección General de esta Agencia, en 113 folios, el oficio No. 100202208-0761 del 3 de abril de 2013, mediante el cual se remitió sentencias contentivas de condenas con la pena principal de 92,7 meses de prisión y con la pena accesoria la inhabilidad para ejercer cargos públicos por el mismo término, entre otros al señor (XXX), identificado con la C.C (XXX), con la precisión de que "...estas personas hasta el día de hoy aparecen en el sistema como funcionarios activos, encontrándose inhabilitados al parecer desde hace algo más de un año, por lo que presumiblemente han incurrido en una falta grave que corresponde a esa Agencia investigar", (fls. 1 y 2).
- Copia de la Resolución No. 002833 del 11 de abril de 2013, por medio de la cual el Director General de la DIAN, retiró del servicio entre otros, al señor (XXX), (fol. 514 a 520).

<sup>22</sup> Ver folios 36-74 Cno 1.

<sup>23</sup> Ver folios 75-110 Cno 1.

<sup>24</sup> Art 48 CDU Son faltas gravísimas: num.17: "actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses"...

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

- Sentencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado, de fecha 26 de mayo de 2009, por medio de la cual se absolvió al implicado (XXX) de los hechos y cargos que por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio y falsedad material en documento público le formulara la Fiscalía General de la Nación (fls. 3 a 54).
- Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia del Magistrado JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, por virtud de la cual se revocó el numeral primero de la parte resolutive de la providencia apelada por el señor (XXX), entre otros. En tal sentido, se le declaró coautor responsable de los delitos de concierto para delinquir, falsedad material en documento público y cohecho, (fls. 55 a 95).
- Providencia del 7 de diciembre de 2011 por medio de la cual la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, inadmitió las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados, entre ellos del señor (XXX) (fls. 97 a 116).
- Oficio No.100215362-1805 del 3 de octubre de 2013, con el cual se remitió a la Agencia ITRC copia de la Resolución No. 005589 del 8 de julio de 2013, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la señora (XXX) contra los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 002833 del 11 de abril de 2013, a través de la cual se retiró del servicio al funcionario (XXX), entre otros, (fls. 381 a 385).
- Diligencia de Inspección Administrativa cumplida en la Coordinación de Nómina de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, del 5 de abril de 2013 (fs. 120 a 146). En donde se consulta en el sistema de nómina de la entidad información relacionada con el señor (XXX). Se dejó expresa constancia que el ex funcionario presentó una interrupción laboral por el término de 501 días, iniciada el 22 de marzo de 2008.
- Inspección Administrativa al proceso penal adelantado contra (XXX), en el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá (fls. 147 a 149). Se dejó acta que: "la sentencia en su contra quedó ejecutoriada el 19 de enero del año 2012, en la instancia correspondiente a la casación". El reporte de la sentencia condenatoria se efectúa según los formatos a la SIJIN, DDIN, CTI, REGISTRADURÍA, PROCURADURÍA, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO Y CISAD.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

- Diligencia de Inspección Administrativa cumplida en el Centro de Servicios Administrativos de los juzgados Penales del Circuito Especializado de Bogotá (fl. 364). Se dejó constancia que una vez revisado el cuaderno marcado como Original 40,(fol.183 a 190), obra escrito del señor (XXX), dirigido al Juez Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, donde le solicita la libertad condicional, documento en donde aparece en el acápite de Fundamentos Fácticos: "Luego de que interpusiéramos el Recurso Extraordinario de Casación, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha Diciembre 7 de 2011 decidió lo siguiente: "INADMITIR la demanda de casación presentada por los defensores de los procesados....y (XXX) ".
- Ampliación del testimonio de la señora (XXX), quien manifestó que si recordaba que el señor (XXX) fue funcionario de la DIAN, mas no recordaba el rol que desempeñaba ni las funciones a él asignadas. Indicó que si tenía conocimiento de que el funcionario (XXX) tenía un asunto penal por definir, que no recuerda fechas ni las situaciones administrativas del servidor público para la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión penal en su contra. Refirió que el procedimiento para dar cumplimiento a una sentencia penal que impone la desvinculación del servidor público, es llevado a cabo por parte de Nivel Central, que en la Dirección Seccional tan solo se ejecuta la orden que imparte el Director General mediante Resolución. Indicó que no sabe si el señor (XXX) conocía de la sentencia penal proferida en su contra.

Si hasta este momento se analiza y valora de manera conjunta y sistemática en el contexto factico acreditado en el proceso, la situación probatoria de (XXX), es evidente y claramente indicativo que concurren múltiples hechos que lo comprometen en la conducta acusada y posteriormente sancionada en la secuencia procesal que da cuenta el expediente.

En efecto encuentra este despacho de segunda instancia, que un funcionario público que no dé cuenta cumplida a su nominador de su situación jurídica claramente debatida en sede Judicial y por ende plenamente conocida por el penado, denota una conducta irregular que debe ser reprochada por la Administración<sup>25</sup>, pues claramente trasciende la esfera de lo personal para

<sup>25</sup> (...)Es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador consagre como una de las sanciones derivadas del proceso disciplinario las inhabilidades, puesto que ello se enmarca dentro de un ámbito de razonabilidad y proporcionalidad que no desconoce los valores, principios y derechos

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

-----

invadir el recto ámbito institucional, en razón a las disposiciones normativas administrativas y disciplinarias que en tal sentido prohíjan el régimen de inhabilidades incompatibilidades y conflictos de intereses a los que se someten todos los funcionarios públicos, en aras de salvaguardar la recta Administración y Función Pública<sup>26</sup>.

Al respecto encuentra este Despacho de acuerdo con los hechos plenamente establecidos, que el servidor público sancionado fue condenado penalmente, por sentencia judicial ejecutoriada a pena privativa de la libertad. Ese es entonces el origen de la inhabilidad sobreviniente, aspecto que no admite discusión alguna por estar plenamente demostrado en el plenario.

Respecto al alegato de defensa de que no existe prueba del actuar doloso del disciplinado en la comisión de la conducta enrostrada disciplinalmente porque su conducta se debió más bien a un error de tipo, observa esta instancia que de una parte es el mismo enjuiciado quien le otorga facultades a su apoderado de confianza para que de forma diligente y constante este impugnando y agotando todas las instancias procesales ordinarias como extraordinarias en el proceso penal seguido en su contra, así mismo le solicita al Juez penal de la causa su libertad condicional, documento en donde a la letra aparece *"Luego de que interpusiéramos el Recurso Extraordinario de Casación, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha 7 de Diciembre de 2011 decidió lo siguiente: "INADMITIR la demanda de casación presentada por los defensores de los procesados....y (XXX) "27 sic;* lo anterior resulta muy contrario a lo planteado por la defensa en cuanto a que el funcionario entonces no sabía de su sanción, ni de su deber legal y apenas lógico de dar aviso a la Dian de tal situación.

Pues no solo debía hacerlo conforme se lo indicaban las normas administrativas y disciplinarias pertinentes<sup>28</sup>, sino que con todo el procesado decide guardar silencio sobre su nueva situación jurídica permaneciendo ilegítimamente en el cargo que ya le estaba prohibido ocupar según la pena impuesta por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, relativa a la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, providencia que cobró ejecutoria desde el 19 de enero de 2012

---

consagrados en la Carta, sino que, por el contrario, procura realizar los fines delineados por el constituyente, entre otros, el acatamiento de los fines de la función pública como elemento estructural de la prevalencia del interés general(...). **Sentencia C - 028 de 2006.**

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> Ver fol.183 a 190.

<sup>28</sup> Ley 734 de 2002 Art. 23 y 48 núm. 17. Ley 190 de 1995 artículo 6.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

con la decisión de inadmisión del recurso de casación impetrado por el expedientado y pese a ello se decide por permanecer en el cargo según se observa hasta el 11 de abril de 2013<sup>29</sup>.

Se trata entonces que en efecto estamos en presencia de un desconocimiento evidente al régimen de inhabilidades previsto en el ordenamiento jurídico Constitucional y disciplinario, lo que se traduce en la transgresión de principios de moralidad pública y eficacia entre otros, tal como en efecto lo plantea el fallo de primer grado.

Lo anterior desvirtúa el argumento planteado por la defensa de que no se podía predicar el dolo por una conducta realizada dentro de la ignorancia jurídica del enjuiciado y que ello conllevaría entonces de suyo a un error de tipo del disciplinado, al no ser este un profesional del derecho o por no tener precisos o especiales conocimientos de las ciencias jurídicas; a este respecto debe expresar la segunda instancia que dichos razonamientos no tienen cabida, pues de una parte nuestro ordenamiento jurídico establece que "la ignorancia de la Ley no sirve de excusa"<sup>30</sup> así mismo quien acepta un cargo profesional implica el haber evaluado previamente las condiciones técnicas para asumir el asunto, sin que se presente exculpación alguna por no ser conocedor de la especialidad<sup>31</sup>.

De otra parte porque el error para que sea considerado eximente de responsabilidad disciplinaria debe ser "*insuperable o invencible*", esto es que en el error de tipo el sujeto disciplinable no percibe de forma correcta la realidad de su conducta, cuando las circunstancias en que se encontraba el funcionario al momento de tomar la decisión objeto de cuestionamiento, le hacían **físicamente imposible ilustrar su entendimiento** con un criterio diverso que le apartara de la convicción errada de su comportamiento<sup>32</sup>; alegato que se contrarresta en el sub examine por cuanto las reglas de la experiencia y la sana crítica nos enseñan que es del dominio común de las

<sup>29</sup> Resolución No.002833 del 11 de abril de 2013, por medio de la cual el Director General de la DIAN, retiró del servicio entre otros, al señor (XXX), (Ver fol. 514 a 520).

<sup>30</sup> **Sentencia C-651/97** Deber General de Obediencia del Derecho, la Ignorancia de la Ley No Sirve de Excusa-Constitucionalidad. (...) Puede afirmarse con certeza que no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta. El recurso epistémico utilizado por el legislador es más bien la ficción, de uso frecuente y obligado en el derecho, y que en el caso específico que ocupa a la Corte puede expresarse de este modo: es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta. La obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita. La solidaridad social, un hecho inevitable que la Constitución reconoce para construir sobre él conductas socialmente exigibles, ligada al artículo 13, invocado por los demandantes como norma violada por el artículo cuestionado, sirve más bien de fundamento al imperativo que él contiene, así como el Artículo 95 que establece de modo terminante: "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes", constituyen sólido fundamento de la disposición acusada que, por los motivos consignados, debe ser declarada conforme a la Constitución(...).

<sup>31</sup> Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria Bogotá, D.C., primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012) Aprobado en Acta de Sala n.º

40- Radicación No.161 - 5213. (IUS - 167835 - 2007) P.D. Ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía.

<sup>32</sup> Procuraduría General de la Nación Bogotá D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012) Aprobado en Acta N.º 011 P.D. Ponente: Dr. JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

-----

personas saber que quien es condenado a pena privativa de la libertad, también lo es a sus derechos políticos<sup>33</sup>, contando además que la sentencia penal para los fines propios de la reinserción a la vida en sociedad del aquí enjuiciado, le impuso una inhabilidad para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el lapso de 92.7 meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sanción<sup>34</sup>, de la cual como se ha considerado en líneas anteriores, era plenamente conocedor el procesado de tal situación jurídica adversa a sus intereses.

Sobre el estudio de las causales de eximentes de responsabilidad del artículo 28 de la ley 734 de 2002 argüidos por la defensa al cimentar el error de tipo, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

*(...)Para poder ser invocadas implican el análisis específico de la situación de cada servidor público en el marco del proceso respectivo... no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento de terminado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines Estatales».<sup>35</sup> (Subrayas fuera de texto).*

En tal sentido el error de tipo como causal eximente de responsabilidad disciplinaria sólo lo será cuando pese a la diligencia debida de abordar en grado de asertividad la solución jurídica acorde con los postulados Constitucionales, agotando todos los medios a su alcance el funcionario no haya podido superar su falso juicio de la realidad y allí entonces sí se estaría en presencia de un factible error «insuperable» o «insalvable». No se trata de un simple convencimiento personal de que se obra bien o en forma adecuada, por el contrario son acciones concretas probadas para agotar las posibilidades propias – según sus circunstancias- que hará inculpable su proceder<sup>36</sup>.

Como se aprecia al efectuarse la interposición del recurso extraordinario de casación el disciplinado requirió de la H. Corte Suprema de Justicia su absolución del fallo adverso y condenatorio en su contra proferido por el Tribunal Superior, lo que de suyo permite colegir que

<sup>33</sup> Procuraduría General de la Nación- Bogotá D.C. Julio 27/2011 Rad. IUS 2009 – 320196 P.D. Fernando Brito Ruiz.

<sup>34</sup>(fls. 147 a 149) "la sentencia en su contra quedó ejecutoriada el 19 de enero del año 2012, en la instancia correspondiente a la casación".

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-948-2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis)

<sup>36</sup> Procuraduría General de la Nación Sala Disciplinaria Bogotá D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012) Aprobado en Acta de Sala Extraordinaria n.º 011. Radicación No. 161 – 5349 (IUS 2011 – 381575).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

era claro el conocimiento para el enjuiciado, sin necesidad de conocimientos jurídicos, que estaba siendo condenado e inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos y su interés por desestimar dicho fallo condenatorio con la interposición del recurso extraordinario de casación.

Pese a ello, obtiene conocimiento de la decisión desfavorable a sus intereses de inadmisión de su recurso de casación<sup>37</sup>, con base en lo cual se decide a seguir laborando como funcionario en la Dian sin dar aviso a su nominador como era su deber legal<sup>38</sup>.

Ciertamente el disciplinado no es abogado, sin embargo como se observa y se ha establecido sabía que su conducta conllevaba la existencia de una causal de inhabilidad sobreviniente para continuar ejerciendo como funcionario público de la Dian, lo cual ha debido llevarlo a informar a su nominador su situación jurídica actual y renunciar a sus labores como funcionario, pues como persona que ha participado en cargos públicos, estaba en plenas condiciones de advertir lo que significaba la pena e inhabilidad a la que se había hecho acreedor. En tal sentido "el constituyente primario advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba como funcionario a la Administración y de allí porqué exigió el artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender fielmente la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben"<sup>39</sup>. (Subrayas fuera de texto).

Por tanto, siendo el régimen de inhabilidades un tema de vital importancia para el Estado Social de Derecho y en especial para el correcto desarrollo de los principios y deberes de la Función Pública<sup>40</sup>, demostrado se encuentra en el plenario que el enjuiciado se decide más bien por desatender de manera elemental normas de obligatorio cumplimiento; inobservando que la idea de la configuración ética del servicio público implica necesaria e indefectiblemente que la culpabilidad se rija por una "ética de la responsabilidad" y no por una "ética del conocimiento", de allí que, con muy buen tino y destacable acierto, se afirme que por virtud del mayor nivel de responsabilidad del servidor público derivado del artículo 6º de la Carta Política, se le imponga un

<sup>37</sup> Ver fol. 183-190 "...así mismo le solicita al Juez penal de la causa su libertad condicional, documento en donde a la letra aparece "Luego de que interpusiéramos el Recurso Extraordinario de Casación, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha 7 de Diciembre de 2011 decidió lo siguiente: "INADMITIR la demanda de casación presentada por los defensores de los procesados....y (XXX) "<sup>37</sup>sic;

<sup>38</sup> Ley 190 de 1995 artículo 6; ley 734 de 2002 Art. 23 y 48 núm. 17.

<sup>39</sup> (Sentencia C-252 de 2003)

<sup>40</sup> Artículo 209 de la Constitución Política de 1991.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

deber especial, resultándole propio de la conciencia del servidor público “el conocer y cumplir sus deberes”<sup>41</sup>. (Subraya fuera de texto).

En tal sentido no encuentra subvención de prosperidad en esta instancia el alegato de que el procesado no sabía de su deber legal reprochado, para cimentar entonces una causal de exclusión de responsabilidad por error de tipo.

En cuanto al argumento de defensa de que no se podían evaluar ni tener en cuenta la experiencia y formación académica del disciplinado para deducir la estructuración del dolo, debe decir esta instancia que la doctrina y la jurisprudencia han establecido contrario sensu a tal planteamiento, que la culpabilidad en materia disciplinaria como elemento subjetivo de la estructura de la responsabilidad debe configurarse y analizarse a partir del contexto funcional y conductual del disciplinado teniendo en cuenta para ello los siguientes elementos<sup>42</sup>:

4. Condiciones personales y laborales del actor y una acción que lo vincule objetivamente con la falta, esto es mediante una relación de causalidad. (subraya fuera de texto).
5. La imputabilidad que atañe a una condición psicofísica presumible en el servidor público, pues las mismas exigencias requeridas para imputar subjetivamente un resultado son demandadas para el desempeño de las funciones públicas.
6. La culpabilidad en sentido estricto que designa el conocimiento y la voluntad de la falta concreta a cuya comisión se puede llegar a título de dolo, bien por la relación de la conducta con las exigencias de conocimiento de las circunstancias fácticas o normativas que delinean el campo de acción del servidor público, para evaluar las posibilidades de evitabilidad del resultado, o porque la conducta se encuentra siendo constitutiva de un estado psicológico querido por el autor, creador de un riesgo al deber funcional<sup>43</sup>. (subrayas fuera de texto).

Por lo anterior y como se observa la concreción de la estructura subjetiva de la responsabilidad disciplinaria tanto en el dolo como en la culpa, deben atender a todo el contexto factico probado del deber funcional transgredido por el enjuiciado, por la relación de causalidad con la conducta reprochada y las exigencias de intención positiva o negativa (acción u omisión) exigidas por el

<sup>41</sup> Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. “La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del derecho Disciplinario”. Colección Derecho Disciplinario No 5. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Noviembre de 2003. Pág. 85.

<sup>42</sup> Isaza Serrano Carlos M. Teoría General Del Derecho Disciplinario – Culpabilidad De Las Faltas; Edit. Temis 2009 segunda edición pag-157 y SS.

<sup>43</sup> Ibidem.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

ordenamiento para determinar su ilicitud, representadas para su determinación en la comprensión o conocimiento de las circunstancias fácticas y/o normativas que trazan el campo de la labor del servidor público.

Sobre el particular la doctrina disciplinaria más aceptada ha establecido frente al Dolo en su carácter omisivo que su principal rasgo es *“la falta de decisión de emprender la acción jurídica impuesta al omitente; por tal razón el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción conforme a la ley, no actúa”* Sic<sup>44</sup> (subraya fuera de texto).

Sobre el aspecto subjetivo de la conducta dolosa La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha puntualizado:

*(...) El dolo, según las voces del artículo 22 del Código Penal, Ley 599 de 2000, consiste en el actuar con conocimiento de la concurrencia de los elementos que constituyen la descripción típica respectiva y querer su realización; es decir, la conducta es dolosa cuando se sabe, cuando se conoce y se comprende como contrario a la ley aquello que se quiere hacer o no hacer, y voluntariamente se hace.*

*(...)*

*Entonces la intención se debe deducir de los factores demostrados, generalmente los objetivos, pues no se puede ocultar la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo. En consecuencia, circunstancias como la basta trayectoria y experiencia profesional que poseía el procesado, la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, las explicaciones ofrecidas con base en hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultos o tergiversados, son razones que permiten atribuir la acción como voluntaria e intencional*<sup>45</sup>. (Subrayas fuera de texto).

Debe recordarse que el sentido y contenido de la culpabilidad no es igual en el ámbito penal que en el disciplinario puesto que como se ha venido insistiendo, si bien ambas guardan similitudes

<sup>44</sup> Enrique Bacigalupo Cit. Por Isaza Serrano Carlos M. Teoría General Del Derecho Disciplinario – Culpabilidad De Las Faltas; Edit. Temis 2009 segunda edición pag-177 y SS.

<sup>45</sup> Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación. Septiembre 25 de 1987 citado en la Casación Rad. 10009. Magistrado Ponente Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR. Aprobado Acta No. 166. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil uno (2001).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

no debe perderse de vista su propia sustancialidad. De allí que se diga que en relación con la culpabilidad del derecho disciplinario y del derecho penal, al menos en grado es inferior a la de este último, en razón a los bienes que se protegen y porque el derecho disciplinario se ocupa de la conducta ético social del servidor público, diferente al campo del derecho penal que protege mayores bienes como la vida humana, la hacienda pública, el patrimonio económico y otros derechos fundamentales<sup>46</sup>.

Dentro del anterior contexto, se ha entendido y explicado por el doctrinante de derecho disciplinario Carlos Arturo Gómez Pavajeau, que para que se materialice el dolo, "*...basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. (...) El conocer ya involucra el deber, pues si conozco y realizo es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA al sentenciar que "quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo"*<sup>47</sup>.

En el caso particular y frente al elemento subjetivo de la conducta del señor (XXX), probado se encuentra que era de su conocimiento que afrontaba un proceso penal, al igual que sabía que podía o no ser condenado por su conducta, lo mismo que era de su conocimiento, porque lo es de todas las personas como se ha dicho que quien es condenado penalmente a pena privativa de la libertad, no puede acceder o seguir ejerciendo cargos públicos, y pese a tal conocimiento, decidió actuar en sentido contrario, es decir de manera autónoma, voluntaria, libre y plenamente informada, de donde a juicio de este Despacho, surge de manera ostensible el dolo en su proceder.

Por lo anterior el elemento dolo en la conducta del aquí expedientado, más que posible o debatible se encuentra probado de conformidad con las piezas probatorias que sustentan las premisas fácticas analizadas frente al elemento subjetivo de la conducta a título doloso reprochada en el sub examine, en ese orden de ideas y para el caso que nos ocupa, estando demostrados los elementos de atribuibilidad de la conducta, la exigibilidad del cumplimiento del deber frente a las normas que fueron imputadas y el conocimiento sobre la ilicitud, las pruebas permiten concluir ciertamente que el disciplinado actuó con voluntad para abstraerse del cumplimiento de sus deberes funcionales en forma dolosa.

<sup>46</sup> Gomez Pavajeau Op.-cit. Pags. 362-363.

<sup>47</sup> Gómez Pavajeau Carlos Arturo, Dogmática del Derecho Disciplinario, Tercera Edición, Pág.340.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

En tal sentido el alegato de que el disciplinado no actuó con dolo porque este no se encuentra probado en el plenario o porque se tuvo en cuenta entre otros aspectos determinantes del mismo, el contexto laboral y funcional del enjuiciado, no están llamados a prosperar.

Por consiguiente, la Segunda Instancia comparte la calificación de la falta efectuada por el despacho a quo tanto en el auto de cargos como en el fallo de primera instancia como gravísima conforme al numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, referente a “Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de inhabilidad incompatibilidad y conflicto de intereses”, a título de dolo.

De la exposición de motivos del fallo atacado, hay que destacar que el investigador disciplinario disponía al momento de valorar las pruebas y los hechos, de un amplio campo y autonomía legal para determinar si la conducta investigada se subsumía o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si ésta a su vez fue cometida con dolo o culpa, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en los Art. 13 y 43 del CDU, sin embargo el hecho de que tal valoración no beneficie al recurrente, en nada le cercenan derechos.

Frente a la valoración probatoria ha puntualizado el H. Consejo de Estado:

*(...) Vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa legal probatoria; de hecho el propio Código Disciplinario Único consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de pruebas –por ejemplo un testimonio o un documento– para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios probatorios admitidos por el sistema legal Colombiano e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del mismo artículo 130 ibídem<sup>48</sup> (...).*

<sup>48</sup>Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001032500020110012100 (041311).

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

En ese orden, para la segunda instancia el criterio de interpretación, valoración y aplicación normativa y probatoria que realizo el despacho a-quo en el sub examine, como órgano de control disciplinario de primera instancia al que la ley le ha dotado de amplia autonomía e independencia, se ajustó con plena subvención al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, la sanción se impuso sin menoscabo del derecho al debido proceso del disciplinado (XXX), luego de hallar plenamente acreditadas la comisión de la falta como gravísima (art. 48 núm. 17 del CDU), la ilicitud sustancial de la conducta, (art 5º y 22 ibídem) y la responsabilidad subjetiva del actor (Art 13 ibíd.), con pruebas legalmente practicadas y debidamente valoradas, (Art 128 y 130 CDU), como arriba se expuso con suficiencia.

Basten hasta aquí las consideraciones ut supra, para rechazar los argumentos de sustentación de la apelación, presentados por la defensa. Solo resta afirmar, haciendo eco del análisis probatorio realizado por el operador disciplinario de primer grado, que el expedientado (XXX), incurrió en la falta disciplinaria objeto de censura, razón por la cual deberá responder disciplinariamente por dicho comportamiento, tal como se expresará en la parte resolutive de esta providencia, al confirmar en su totalidad el fallo objeto de alzada.

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. RECHAZAR** las razones de impugnación invocadas por el defensor de confianza del procesado (XXX), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.** En consecuencia, **CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD** el fallo sancionatorio proferido por el subdirector técnico de investigaciones disciplinarias de la UAE Agencia ITRC mediante resolución del 5 de noviembre de 2014 dentro del expediente disciplinario 1704-01-2014-069.

**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.

Continuación de la resolución por la cual se resuelve el recurso de apelación dentro del expediente 1704-01-2014-069

-----

**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.

**SEPTIMO: REMITIR** copia de la presente decisión al nominador del procesado, para que proceda a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y párrafo del artículo 172 de la ley 734 de 2002.

**OCTAVO. Ejecutoriada** esta decisión y libradas las comunicaciones de rigor, **ARCHIVAR** el expediente.

**CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE**  
**Directora General**

Proyectó: Dr. Julian Andres García Novoa  
Aprobó: Dr. (a) Carmen Maritza González M. – Directora General.