

FICHA TECNICA

1. PROCESO

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-157
- PONENTE:	Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – Agencia ITRC
- INVESTIGADO:	J.M.G.S.
- CARGO:	FACILITADOR XX NIVEL XX GRADO XX
- ENTIDAD:	DIAN
- AREA:	División de Gestión de Fiscalización
- CIUDAD:	BOGOTA
- TEMA:	FAVORECIMIENTO POR SERVIDOR PUBLICO-COHECHO

2. HECHOS RELEVANTES

- “Con ocasión de la operación denominada “Imperio”, desarrollada en labor conjunta de la Fiscalía General de la Nación con funcionarios comisionados por la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, se logró la captura de 19 personas, entre ellas funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de los cuales figuró el señor **J.M.G.S.**, funcionario de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.
- Los hechos que generan la captura tienen relación con la recepción de dinero por parte del funcionario, los días 19 de septiembre y 16 de octubre de 2014, de manos de ciudadanos particulares a cambio de darle movilidad a mercancía afectada con medida de aprehensión en inmediaciones del Aeropuerto el Dorado, puerta 6, bodegas de la empresa DEPRISA.

3. CARGOS

Por medio del Auto No. 17406-00019 del 8 de noviembre de 2018 la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, formuló pliego de cargos al investigado, siendo la acusación elevada, del siguiente tenor:

CARGO PRIMERO: Al señor **J.M.G.S** identificado con la cédula de ciudadanía número XXX , quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como funcionario de planta de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá en el cargo de facilitador XXX , como presunto autor responsable de la infracción disciplinaria gravísima

descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber realizado objetivamente en forma dolosa la conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo de cohecho propio (artículo 405 de la Ley 599 de 2000, por cuanto, al parecer, los días 19 de septiembre y 16 de octubre de 2014, en el puesto de control denominado Puerta 6 del Aeropuerto Internacional El Dorado de la ciudad de Bogotá, abusando de su cargo recibió dinero para ejecutar un acto contrario a sus funciones, permitiendo la movilización de mercancía que para ese momento estaba en proceso de normalización aduanera.

CARGO SEGUNDO: Al señor **J.M.G.S.** identificado con la cédula de ciudadanía número XXX , quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como funcionario de planta de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá en el cargo de facilitador XXX como presunto autor responsable de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber realizado objetivamente en forma dolosa la conducta descrita en la ley como delito sancionable a título de dolo, artículo 322 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal, bajo el nomen iuris de Favorecimiento por Servidor Público, al omitir controles legales o reglamentarios para facilitar el disimulo de mercancías, pues abusando de su cargo benefició el ingreso de las mismas(celulares y Xbox con sus accesorios) sin garantizar el control legal a cargo de la DIAN, ya que se incorporaron a territorio nacional posiblemente bajo una modalidad de importación ajena o extralimitando los límites propios de la modalidad.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

- El pasado 21 de noviembre de 2018, y dentro de los esfuerzos de este despacho en hacer participar al disciplinado del proceso, la abogada comisionada asistió a las instalaciones de la Cárcel Distrital a efectos de tomar versión libre/descargos del disciplinado **J.M.G.S**, quien voluntariamente accedió a ofrecer sus argumentaciones defensivas en el siguiente sentido:

En relación con el procedimiento que le correspondía gestionar para la época de los hechos, manifestó que los funcionarios POLFA eran los encargados de inspeccionar las encomiendas y dar los “positivos”, aseguró “(...) muchas veces, ellos desaparecían la documentación para que nosotros a través de un acta de hechos procediéramos a inmovilizarla (...)”, continuó declarando que únicamente los funcionarios de la DIAN comisionados en ese punto, estaban facultados para inmovilizar y entregar las mercancías, pero era directamente la empresa DEPRISA quienes una vez retenida la mercancía se encargaban de contactar al dueño y pedirles los documentos soporte faltantes, muchas veces ocurría el mismo día.

Aseveró que para dar movilidad a la mercancía una vez se tenía la documentación soporte, el funcionario DIAN se acercaba al funcionario POLFA para contrastar y verificar, de estar conforme

se suscribía un acta de hechos dando movilidad a la mercancía para que esta siguiera su curso, de no estar conforme se quedaba en las bodegas de DEPRISA, pero aclara vehementemente que ninguna mercancía era entregada al ciudadano, ni ellos tenían ingreso a las bodegas, pues estas eran mercancías que iban de tránsito por Bogotá y salían a nivel nacional.

Adicionó que la versión del agente **V** (agente de control de la operación encubierta) se encontraba errada al referirse a modalidad Courier pues esas mercancías no se encuentran bajo esta categoría y que su función era únicamente verificar documentación, no se hacían cambios de modalidad ni otro tipo de trámite.

Respecto de la agencia encubierta y el informe presentado, aseguró que el mismo carece de veracidad ya que en ningún aparte menciona que se recibiera por parte de los ciudadanos hacia él cantidad alguna, añade además que eran los agentes POLFA quienes gestionaban las referidas dádivas. Finaliza manifestando respecto a la aceptación de cargos en la jurisdicción penal, que se vio conminado a hacerlo en vista de que su libertad estaba en juego, tenía mucho que perder y era la palabra de él contra la de ellos.

A su turno el abogado defensor **K.D.O.V** presentó escrito de descargos, radicado el 22 de noviembre de 2019, es decir, en términos de ley, solicitando como primer argumento, se aplique la duda razonable a favor de su defendido en ambos cargos, esto como quiera que el sustento probatorio carece de certeza, y como lo ha definido la defensa corresponde a un "conglomerado de dudas, inexactitudes y equivocaciones probatorias de las cuales no es posible determinar la responsabilidad de mi defendido con plena certeza."

Frente al cargo primero, aseveró que las pruebas no dan cuenta del ofrecimiento por terceros que compone el cohecho, ni la recepción por su defendido de dádiva alguna; refiere igualmente al comunicado de la fiscalía que figura en el expediente y que a su juicio no comprende prueba de los hechos enrostrados como quiera que dicho comunicado refiere a sucesos de contrabando, no probados en cabeza de su defendido.

Igualmente argumentó que el despacho delimitó el marco fáctico de acusación sobre una prueba ilegible como lo es el escrito de acusación, formulado por la Fiscalía 75 Especializada y aún más, le dio un alcance que asegura no tenía, pues nunca se dio cuenta del ofrecimiento de particulares, sino por el contrario todo se trató de una exageración de la instancia. Finaliza este tema, argumentando que el referido escrito se trata de un acto procesal que no puede ser valorado como prueba traslada pues no comporta tal naturaleza.

Igualmente manifestó que la instancia erra en utilizar el Manual de la Fiscalía como referente, cuyo utilización está restringida a procesos disciplinarios. Por último, frente a los informes de agente encubierto asegura que adolecen de imprecisiones en cada uno de sus apartes como por ejemplo si su defendido fue quien entregó el dinero al agente, (circunstancia del 19 de septiembre de 2014), no se sabe si la agente de aduanas tenía la potestad de retirar la mercancía

y si la totalidad del dinero fue reunido para comida (circunstancia del 16 de octubre de 2014) o si la conducta de su defendido se basó en recibir plata de un particular o simplemente ofrecerla al funcionario de la Polfa (circunstancia del 16 de octubre de 2014), pues todas son presunciones de este despacho.

Adicionalmente manifestó que el encargo de su defendido se desarrolló conforme a sus funciones y a la normativa obrante, pues la mercancía a la que se le dio movilidad fue soportada documentalmente.

También argumentó que el informe de agente encubierto no tiene valor probatorio como quiera que conforme la ley 906 de 2004, este cobra tal naturaleza una vez es introducido en juicio y a través de un interrogatorio. Finalmente, frente al primer cargo señaló que las pruebas se contradicen entre sí, pues de la constitución de títulos judiciales no se logra concretar la recepción de dinero de su defendido, únicamente de los agentes, afirmando que nunca se recibieron prebendas por parte del señor **J.M.G.S.**

Respecto al segundo cargo lo primero que puntualizó la defensa, es que su defendido no tenía la competencia de entregar mercancía retenida en las bodegas de DEPRISA y como segundo punto, encontró contradictorio que se hable de omisión de controles, cuando la mercancía se encontraba en efecto retenida con medida impuesta por la administración.

Adicionalmente indicó, que no se trataba de mercancía importada, sino que trataba de mercancía que iba desde Bogotá a Bucaramanga, la cual no requería cambio de modalidad por ser mercancía nacional, esto adicionado a que la empresa DEPRISA únicamente opera envíos nacionales, pues los internacionales lo hacen a través de otras empresas.

Por lo tanto, el cargo carece de coherencia pues no se gestionó ninguna acción contraria al ordenamiento jurídico. Por último, solicitó que de no aplicarse el in dubio pro disciplinado, solicita se degrade la forma de culpabilidad, teniendo en cuenta la opinión favorable de su superior en su desempeño, la inexistencia del ejercicio de un cargo directivo y, por último, que se demostró que el funcionario no tenía nada que ver con la organización de contrabando y lavado de activos que perseguía la Fiscalía General de la Nación.

Teniendo en cuenta el traslado común de 10 días contados a partir de la última notificación, la defensa de oficio presenta memorial de Alegatos de conclusión el pasado 31 de octubre de 2019.

Sea pertinente señalar que el disciplinado fue notificado directamente en su lugar de residencia por encontrarse cobijado con medida de detención domiciliaria, tal y como consta en acta a folio 238, cuaderno 2, fechada 18 de septiembre de 2019, quien no presentó alegatos.

Insistió en solicitar la aplicación del in dubio pro disciplinado a favor del señor **J.M.G.S** o en subsidio los criterios de favorabilidad contemplados en las normas disciplinarias, instó en

predicar la falta de existencia de un cohecho propio adelantado por su defendido pues no queda clara la recepción de dádivas, ni mucho menos el dolo, reiteró la falta de coherencia entre el comunicado de la Fiscalía inicial y los hechos que se le enrostran al señor **J.M.G.S**, la ilegibilidad y malinterpretación de las pruebas y trae a colación el testimonio del señor **J.P** quien aseguró desconocer estos hechos y no tener relación alguna con la mercancía relacionada, situación que genera grandes dudas.

Igualmente cuestiona el escrito de acusación que se integró al expediente y de su validez como prueba trasladada. Finalmente, respecto del primer cargo aseveró que tanto las interceptaciones como los informes de agente encubierto no permiten llegar a conclusiones certeras de tipicidad ni de responsabilidad de su disciplinado, sobre la conducta típica enrostrada.

Sobre el segundo cargo, reiteró los argumentos ya expuestos en sus alegaciones primarias en etapa de descargos, indicando que su defendido no omitió ninguna medida pues las mercancías estaban previamente retenidas, lo que indica que ya estaban afectadas por un control, y segundo que las mismas no tenían carácter de importadas, pues argumenta que en puerta 6 ya estaban nacionalizadas por lo que no hay ningún delito relacionado con contrabando, ni tampoco se requerían medidas de cambio de modalidad al tratarse de un envío nacional de Bogotá a Bucaramanga.

Es por lo tanto que concluye que la conducta tipificada en el cargo carece de fundamento normativo y factico, encontrando que a su juicio no sucedió.

Concluye solicitando el archivo definitivo de las diligencias.

5. RAZONES DE LA DECISIÓN – 1º INSTANCIA

FECHA	20 de Diciembre de 2019
-------	--------------------------------

(...)

Conforme el artículo 128 de la ley 734 de 2002 “Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado” siendo así las cosas este despachos e referirá a las pruebas que fundamentan la decisión de instancia y el análisis de responsabilidad correspondiente.

De las pruebas y su análisis

Es de precisar que entro del expediente disciplinario se encuentran las pruebas documentales,

testimoniales, inspecciones administrativas, entre otras adelantadas por la Fiscalía General de la Nación.

Teniendo como derrotero de esta decisión la certeza más allá de toda duda razonable que exige la ley, el artículo 142 del CDU reza: “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.” Respecto del cargo primero, sea necesario advertir desde ya que el mismo, será confirmado por la instancia teniendo en cuenta que en etapa de descargos y de alegatos de conclusión su responsabilidad sobre los hechos endilgados en acusación de cargos no quedo desvirtuada.

Sea lo primero referirse a la prueba de los informes presentados, producto de la agencia encubierta desplegada por la Fiscalía General de la Nación, – Informe de investigador de campo de fechas 6 y 23 de octubre de 2014 suscrito por el Patrullero **O.H.C.** en calidad de Agente de Control. Es importante referirse al respecto de estas pesquisas materializadas en un informe, como la prueba que da cuenta de la falta endilgada por este despacho y de la responsabilidad atribuida al funcionario **J.M.G.S.**

Como lo ha mencionado la defensa, a su juicio este informe dentro de la jurisdicción penal solo cobraba naturaleza probatoria al ser debatido en juicio, sin embargo, al trasladarse como actuación válidamente practicada a nuestro ordenamiento, cobra vida en el momento en que es sometida a contradicción de los sujetos procesales y se les da a conocer para su plena publicidad.

Es de allí que parte la legalidad del traslado probatorio hecho, pues el momento en que cobra vida como prueba en ambos ordenamientos es indistinto, lo que importa para efectos de su validez y valoración es que la misma haya sido practicada bajo las ritualidades que la ley exige para su práctica, de allí que este despacho la haya validado y valorado como tal.

Para el derecho disciplinario, la prueba nace a la vida jurídica una vez es incorporada al expediente, practicada y debidamente publicitada a los sujetos procesales.

(...)

Es entonces como para este caso existen serios elementos de apoyo, que fundamentan la corroboración de la situación fáctica que cimienta el cargo de marras, puesto que existe un informe que describe la hora, fecha, tipo de mercancía, y acción de movilización por parte del funcionario, existe una de las guías que amparaba la remisión de la mercancía a la ciudad de Bucaramanga, y la entrega por parte del agente de control de unas dádivas monetarias, recibidas por dicha acción.

El sujeto procesal reconoce que dentro de sus funciones se encontraba la de verificar que la mercancía retenida e inmovilizada por DEPRISA cumpliera con la documentación solicitada, y

que así se le permitía continuar su camino hacia territorio nacional, situación que está respaldada por sendos autos comisorios que lo ubican en tiempo y lugar de los hechos, es decir en situación de dominio positivo y posible de la acción que se le enrostró en decisión de cargos, sin que a la fecha exista prueba que desmienta esta acusación o amerite duda al fallador de instancia.

Siendo este el escenario funcional, también puede inferir este despacho que, de encontrarse la mercancía en condiciones legales y correspondientes a la norma aduanera, el ciudadano no hubiese recurrido al funcionario en busca de su favor, sino que hubiese cumplido el procedimiento legal, el cual según relata el mismo funcionario era sumamente fácil de ejecutar, pues se contactaba al particular y se le pedía que acreditara la documentación faltante. Es por lo que resulta de suyo presuponer que como esta no era la situación, el ciudadano prefiere una vía ilegal facilitada por el funcionario de control aduanero.

Es importante también traer a colación el hecho de que, frente a este cargo, también hubo aceptación en el proceso penal, aceptación que como se recalca no es prueba de responsabilidad, pero sin embargo resulta un indicio que este despacho no puede ignorar. Puede que el señor **J.M.G.S.**, no haya reconocido como legítima dicha aceptación, pero para este despacho representa un argumento de peso difícil de omitir, pues conforme lo verificado en la actuación penal, se hizo bajo las garantías constitucionales y legales que exige la legislación, sin que se advierta vicio en el consentimiento del actor.

DE LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

El requisito de tipicidad como estandarte del principio de legalidad y seguridad jurídica, a instancias de esta etapa disciplinaria se mantiene y se procederá a ratificar, pese a los señalamientos de esta defensa en aseverar que abunda y se prolifera la duda en favor de su defendido. La Constitución Política de 1991 en su artículo 6, sentó las bases a nivel constitucional del régimen disciplinario de los servidores públicos, al consagrar que éstos no sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también los son por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones lo que permite considerar dentro de los diferentes tipos de responsabilidades, la responsabilidad disciplinaria, en virtud de la cual los servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas serán responsables del cumplimiento del deber funcional que les ha sido encomendado.

En el caso de ambas faltas, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, describe las faltas disciplinarias gravísimas en que pueden incurrir los destinatarios de la ley, para el caso, los servidores públicos, aunque estén retirados del servicio, y los particulares contemplados en el artículo 53 del libro tercero del código, para lo que nos convoca señala el numeral primero:

“1. 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.”

A fines de confirmar el pliego de cargos elevado, frente a las conductas enrostradas al servidor público, se partirá del hecho de que la actuación ha sido encajada como la descripción de un delito consagrado en la norma penal, como tal, y que además acepta modalidad dolosa.

Como segundo efecto, que las mismas se hayan cometido con ocasión o como consecuencia del cargo o función, o en extralimitación o abuso de alguna de las mismas, lo que implica una vinculación necesaria con el servicio, para la época de ejecución de los hechos. Partiendo de las premisas anteriores, lo primero que se dirá es que para este despacho la tipicidad de ambas conductas se mantiene en sede de fallo, teniendo en cuenta que las circunstancias de su comisión y el verbo rector desplegado no fueron desmentidos o atenuados en etapa de descargos.

Frente al primer cargo, la conducta típica que el despacho estudió con respecto a los hechos inmersos en el informe de agencia encubierta se vio inmerso en el delito de cohecho impropio, descrito en artículo 405 de la ley 599 de 2002 de la siguiente manera:

“El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de (...)”

Siendo esta una conducta existente en la ley vigente, ahora lo que debe verificarse es que esta cumpla con lo ya probado; el verbo rector recibir, se ve acreditado al momento en que el agente encubierto informa que recibe de manos del funcionario un dinero por la movilización de mercancía retenida.

Si bien el informe no detalla que cantidad recibe el funcionario, la redacción del informe es clara en transmitir que quien gestiona la dádiva y la recibe es el funcionario **J.M.G.S.**

Contrario a lo insinuado por la defensa para este despacho está claramente ilustrada la acción, la que se encuentra apoyada por la real existencia del dinero que recibe el agente encubierto y que se transformó en títulos de depósito judicial que figuran en el expediente.

Adicionalmente, en sede penal el funcionario acepta el cargo y devuelve la suma que el juez le fija como lucro recibido producto de un ilícito. Si bien la aceptación de cargos dentro del proceso penal, no es una prueba de responsabilidad del hecho, pues no cumple los requisitos de confesión en el proceso disciplinario, es una cuestión que este despacho no puede ignorar o desconocer, sino por el contrario y habiendo aceptado el funcionario entregar la suma fijada por el juez a modo de perjuicios causados, componen cuestiones que respaldan la credibilidad en la ocurrencia de los hechos como fueron develados en los informes producto de agencia encubierta.

La aceptación de dinero no ha sido deslegitimada ni puesta en duda bajo ninguna circunstancia y es así como para el fallador esta acción en efecto fue ejecutada por **J.M.G.S** adicionalmente,

recibir una dádiva ya de por sí, contraría los deberes del servicio, sin embargo, para el caso concreto y tras escuchar los diversos testimonios, el funcionario presta su colaboración en obviar ciertos controles y agilizar ciertas situaciones que le resultaban perjudiciales a los interesados en las mercancías.

Siendo así las cosas, lo contrario en el actuar oficial, radica en la supresión de la facultad fiscalizadora encomendada mediante auto comisorio, la cual consistía en, Realizar control aduanero y verificar mercancías y sus documentos soportes en los puestos de control de las salidas del AEROPUERTO INTERNACIONAL EL DORADO, y su completa anulación en estos tres eventos que supuso la liberación de mercancías afectadas por algún vicio y que a la postre no deberían salir de dicha medida sino a través de un conducto regular, es decir presentado a la autoridad los papeles y la documentación que legalizara su situación jurídica.

Bajo estos presupuestos a juicio del despacho persisten los elementos normativos del tipo penal, el cual en efecto no solo admite, sino casi exige modalidad DOLOSA, pues el verbo rector recibir, supone una acción consciente del ser humano. Por último, frente al segundo elemento del tipo disciplinario, se exige que se haga con ocasión o como consecuencia del cargo o función, o abusando de alguno de los mismos.

Frente a esta premisa, en efecto se observa sobre la misma, que se mantiene y se cumple en iguales términos que el pliego de cargos, pues es evidente que el funcionario abusa de su cargo al tomar ventaja de una situación en particular que le permitió decidir sobre la suerte de unas mercancías.

El abuso recae en que aprovecha la posición de garante que tiene sobre las mercancías como funcionario comisionado de Aduanas para verificar las mercancías retenidas en bodegas DEPRISA así como todo aquellos que transitara por el Aeropuerto el Dorado en inmediaciones de la puerta 6, para sustraerlas del control de la administración, en contraprestación a un dinero, el cual se paga para dar celeridad a un trámite que el funcionario puede agilizar conforme su investidura de la cual toma ventaja, de allí a que además tuviera la posibilidad física de interferir en el evento, situación dada , por su vinculación con la División de Gestión de Fiscalización para la época de los hechos, así como su ubicación en dicho lugar por virtud de los autos comisorios que le ubicaron allí en las fechas indicadas.

Conforme al segundo cargo, a efectos de hacer un examen en los mismos términos concretos del cargo anterior, frente al estudio de tipicidad se dirá que persiste y traspasa el examen de descargos y alegatos de conclusión, para en sede de fallo ratificarse con certeza más allá de toda duda razonable. La descripción típica detallada en la ley penal que describe la situación en la que se encuentra inmerso el proceder del funcionario, se encuentra en el artículo 322 de la Ley 599 de 2000 – Código Penal, del Favorecimiento por Servidor Público, que indica:

“El servidor público que colabore, participe, embarque, desembarque, transporte, distribuya,

almacene, oculte, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, (...)”

Siendo esta la descripción penal que subsume el proceder del funcionario **J.M.G.S**, el despacho trae como verbo rector a encajar en la conducta el facilitar, esto como quiera que hace posible la ejecución o consecución de un fin con su actuar, conducta enrostrada que a hoy se mantiene incólume y que encaja perfecto en la situación de facto.

Es como de acuerdo con la información aportada por el Agente Encubierto, en Informe de investigador de campo de fecha 6 de octubre de 2014 y en el Informe de investigador de campo de fecha 23 de octubre de 2014, los días 19 de septiembre y 16 de octubre de 2014 el disciplinado permitió la movilización de elementos consistentes en celulares y Xbox con sus accesorios.

La situación se entiende debidamente acreditada a instancias del informe, que para este despacho comporta perfecta validez legal y capacidad probatoria de acreditar los hechos acaecidos, pues conforme las bases de libertad probatoria que nuestro ordenamiento determina (artículo 130 y siguientes de la ley 734 de 2002), así como el precepto de la sana crítica que irradia el debate probatorio, dicha movilización sí ocurrió.

Se adicionada a este informe la aceptación de cargos hecha en jurisdicción penal, que como ya se dijo, no constituye prueba per se, es una circunstancias que confluye y apoya la acusación de este despacho. Como ya se dijo, del provecho recibido por el funcionario, y partiendo de que el mismo se vio debidamente probado, el fin máximo era lograr el disimulo de estas mercancías del control aduanero de la administración.

La inferencia lógica de esta situación es que la mercancía venía afectada por algún tipo de vicio que generó su retención, si bien no fue posible corroborar de qué vicios en concreto adolecía la misma, pues las actas de aprehensión no fueron recaudadas al no estar la mercancía identificada con otro tipo de datos más que por su naturaleza, de estar en correctas condiciones de importación, transporte o legalidad, el ciudadano no recurría al funcionario en busca de ayuda, ofreciéndole compensaciones económicas al respecto.

Es decir, que la acción esperada del funcionario y por la cual recibe una compensación es por sustraerlas del control aduanero que debía ejercerse sobre ellas y gracias a la aquiescencia y favor del funcionario los propietarios logran sus cometidos.

Abusa del cargo al momento en el que aprovecha su vinculación con el servicio para hacer más fácil que las mercancías que debían ser subsanadas continuasen su marcha hacia la vida comercial, sin ningún tipo de control aduanero ni verificación, es decir que, en uso de la confianza

depositada en el por virtud de la administración de impuestos y aduanas nacionales a través del auto comisorio que lo delegaba como veedor de legalidad, permite que estas prosigan su camino sin ningún tipo de dificultad, pago de sanciones o acreditación de legalidad de ninguna índole.

Es por lo tanto como el funcionario con sus acciones despliega el comportamiento descrito en el cargo, cumpliendo con el primer presupuesto básico del concepto de la violación que es la tipicidad.

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

Conforme al artículo 5 de la ley 734 de 2002, este requisito comprende la antijuricidad de la conducta, la cual debe lesionar en los más profundos cimientos el deber funcional y debe encontrarse presente como producto de la ejecución de la acción positiva u omisiva de su actor, la cual suponga una sustancialidad en su trascender, no un mero incumplimiento y que además se ejecute sin justificación alguna.

Hechas estas elucidaciones sea lo primero referirnos al cargo primero, cuya infracción sustancialmente dañina a la administración no amerita muchas explicaciones. El flagelo de la corrupción es un fenómeno que azota la administración pública desdiciendo a sus principios más intrínsecos como lo son aquellos que rigen la función administrativa.

Conforme el artículo 209 de la Constitución Política, esta función debe estar al servicio de los intereses generales, y debe desarrollarse entre otros cometidos, bajo presupuestos de moralidad y transparencia. Siendo la recepción de dádivas, un despliegue dañino y defectuoso del comportamiento de cualquier servidor, se convierte en una afectación trascendental en su funcionamiento pues por favorecer a unos pocos ciudadanos con actuaciones contrarias, acepta compensaciones que no se compadecen con el comportamiento exigido de un trabajador del Estado y aún más sin que existiese un justificante para lo anterior, sino por la mera liberalidad de hacerlo.

No solo lesiona el señor **J.M.G.S** la moralidad de la función, sino que además mella, menoscaba y desgasta, la confianza a él conferida no solo por el mandato de acatar sus deberes adquirido desde la posesión, sino la confianza otorgada ese día en específico y en dicho punto de ejercer función fiscalizadora, mediante sendos autos comisorios extendidos por su superior jerárquico, quien confiando en sus aptitudes y ética, le delega el control de ese espacio del aeropuerto confiando en los objetivos propios de su entidad, como lo son la veeduría sobre la mercancía ingresante al comercio nacional. Pero adicionalmente daña otra forma de confianza, y es la de la ciudadanía en la institucionalidad y en la rectitud y seguridad brindada por el Estado, quien enviste de poder a sus funcionarios, como abanderados de su representación ante el ciudadano.

No desvirtúa la defensa estas reflexiones, pues indica el funcionario **J.M.G.S** en sus descargos, que era la POLFA la encargada de gestionar las presuntas dádivas, pues el agente encubierto lo identifica como receptor directo de las mismas, y en estos eventos en particular de septiembre y octubre de 2014 en los que participó el funcionario en comento, el agente no menciona al agente de la POLFA teniendo contacto directo con el usuario, lo que desdibuja un poco el panorama que pretendía validar el sujeto procesal.

Frente a la segunda conducta enrostrada, se encuentra que también afecta de manera sustancial los deberes funcionales a cargo del funcionario y para la cual tampoco hay justificación alguna, y cumple con este requisito pues conforme al manual de funciones comunicado con fecha 5 de Abril de 2014, al inspector lo investían dentro de otras, la función de: "Realizar las acciones necesarias para la ejecución de operativos, inspecciones, visitas y demás actividades que se desarrollen en el proceso en el que se desempeña, de acuerdo con los procedimientos y normatividad vigente", funciones netamente fiscalizadoras, que lo conminaban a ser el estandarte de la legalidad, para los días de los hechos cursados durante el año 2014, y que le exigían cuidar del correcto y legal ingreso de mercancías al tránsito nacional.

El funcionario frente al cargo segundo en particular lesiona su deber al omitir por completo cualquier control, incluso a sabiendas de que la mercancía adolecía de una medida de aprehensión, que con sus conocimientos y amplia trayectoria en la DIAN le permita conocer que la misma adolecía de vicios legales que impedían su normal tránsito, por lo que dicha actuación que no se compadece con la finalidad más intrínseca de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales resulta sumamente lesiva, pues hace inocua la misionalidad de la entidad a la que pertenecen y la que juro respetar y obedecer desde la fecha en que se posesiona.

Al suprimir la función fiscalizadora de mercancías para lograr su disimulo del control de la autoridad, fomenta el comportamiento nocivo de los particulares, y además favorece la ilegalidad. Lesiona la eficacia de la administración pública, pues al facilitar la movilización de estas hace nugatorio el poder del Estado frente al contrabando y la ilegalidad.

Este requisito del actuar ilícito como puede desprenderse de este análisis logra mantenerse incólume ante las argumentaciones de la defensa y las pruebas decretadas en etapa de descargos, que no deslegitiman las acciones del ejecutor ni plantean duda a su favor, para el despacho no hay duda de que el actuar del funcionario existió, sino que además con él, lesionó a la administración de manera trascendente.

DE LA CULPABILIDAD

Como en todo ordenamiento procesal sancionatorio, toda responsabilidad objetiva esta proscrita. Partiendo de este postulado al que se acerca el despacho, desde ya debe advertirse, que la calificación del actuar del sujeto procesal, en fase subjetiva, se mantiene en nivel doloso, para ambas acusaciones. El dolo como competente subjetivo del comportamiento se encuentra compuesto por básicamente dos elementos, conocidos como cognitivo, y otro volitivo.

Siendo el elemento cognitivo una combinación entre la capacidad mental del funcionario de conocer la conducta que está desplegando y conocer su ilicitud, junto con el volitivo como esa intención de dejar al azar el resultado de la conducta, y el querer ejecutar la acción irregular m, las que componen el análisis que despachara esta instancia en este acápite.

Respecto del aspecto cognitivo se tiene que el señor **J.M.G.S**, como persona mayor de edad y en condiciones mentales aptas para desempeñar sus funciones sin que hasta este momento exista prueba que ponga en duda su salud mental o cerebral, se encontraba en la capacidad de comprender el escenario factico frente al cual se encontraba y el curso causal de actos que iba a ejecutar.

Ex ante, porque hubo un acuerdo de voluntades con el ciudadano para recibir una dádiva (cargo primero), y porque además facilitó sin el cumplimiento de requisitos aduaneros la movilización de mercancía allí dispuesta a sabiendas que la medida de aprehensión supone una afectación en su ingreso, tránsito, transporte o adquisición (cargo segundo).

Ex post, porque su vinculación durante tantos años con la administración aduanera le permitía conocer que no debía recibir dinero de ningún ciudadano a cambio del ejercicio de conductas contrarias (cargo primero), sino que además comprendía que no cumplir con su función fiscalizadora implicaba permitir a particulares incumplir la ley y permitir el tránsito hacia otras ciudades o hacia el comercio en general, de mercancías afectadas por ilegalidad.

Ilegalidad evidente desprendida de una medida de aprehensión previamente ejecutada e impuesta. (cargo segundo) A manera de conclusión frente a este aspecto, al funcionario le era exigible otro tipo de comportamiento y no se demostró en estas diligencias que no tuviera la capacidad de auto determinarse o que hubiera algún vicio que nublara su juicio o error del conocimiento, que engañara su juicio al decidir su manera de actuar.

Respecto del aspecto relacionado con la voluntad, también se evidencia que se encuentra verificado en ambas imputaciones, pues de suyo presumir que el funcionario quería recibir estas dádivas, no hubo oposición de su parte o negativa, ni llegan a su poder en circunstancias que no tuvieran que ver con su intervención, sino por el contrario libremente se determina a recibir un dinero que o le resultaba legal ni correcto recibir.

Ahora con respecto a la facilitación que ofrece a la movilidad de mercancías viciadas, también advierte el despacho que se hizo con la disposición y el ánimo de hacerlo, sin que se viera coaccionado o amenazado a hacerlo, sino por el contrario lo hace en plena convicción de dirigir su actuar en dicho sentido, sin importarle que las mercancías estuvieran viciadas.

(...)

CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Tal como se expresó en el auto de pliego de cargos, de conformidad al artículo 42 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias son gravísimas, graves y leves; las primeras se encuentran taxativamente descritas en el artículo 48 de la misma norma, mientras que las demás se estructuran por razón del incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución y la ley, en los términos del artículo 50 ídem, siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único.

En ese orden de ideas, de conformidad con el análisis efectuado en la misma decisión, el Despacho conserva para el caso de **J.M.G.S** la calificación de GRAVISIMA DOLOSA para ambos cargos, esto teniendo en cuenta el análisis efectuado en los apartes del concepto de la violación y las normas infringidas.

Pero adicionalmente, porque al operador no le está dado hacer adecuación distinta frente a este tipo de faltas, las cuales se encuentran predefinidas y tipificadas en el artículo 48 CDU.

DE LA SANCION POR IMPONER

El artículo 44 de la Ley 734 de 2002 indica que el servidor público está sometido a las siguientes sanciones: - Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. - Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. - Suspensión, para las faltas graves culposas.

- Multa, para las faltas leves dolosas.
- Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Para el efecto de determinar la sanción, previa verificación de la responsabilidad de **J.M.G.S** en la falta disciplinaria gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 concretada en dos conductas típicas de la ley 599 de 2000, se tiene prevista sanción de destitución e inhabilidad general, con término de diez (10) a veinte (20) años – art. 46 C.D.U.

Considerando el artículo 47 Ibídem, el señor **J.M.G.S** no reporta antecedentes disciplinarios ni tiene cargo directivo o ejecutivo de la entidad, más sin embargo con varias acciones infringió la misma disposición dos veces, concretada en dos tipos penales distintos, es pertinente fijar el término de la inhabilidad general en el término de doce (12) años, esto conforme los criterios de graduación de la sanción que dispone el artículo 47 Ibídem.”

Extracto tomado de la Resolución 17317-00013 de fecha 20 de diciembre de 2020 proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC.

