

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-060
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	JEPP, servidor público de la Dian.
- CARGO:	Analista III Código 203 Grado 03
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Bogotá
- TEMA:	Falta Gravísima Artículo 48 Numeral 1 Ley 734 de 2022 y COHECHO: cohecho propio.
2. HECHOS RELEVANTES	
Esta investigación se originó en un comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación emitido el 14 de marzo de 2018 , en el cual se puso en conocimiento la captura del servidor público J.E.P.P. quien laboraba en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la DIAN, por su presunta vinculación con una organización delictiva dedicada al contrabando, a la cual habría facilitado el ingreso ilegal de mercancía al país, al tiempo que suministraba información privilegiada sobre operativos aduaneros y evidencias recaudadas en la investigación penal adelantada contra la misma organización. Hechos que salen a flote, cuando miembros de la banda criminal son capturados en un operativo de la Fiscalía, y quienes aceptan su responsabilidad en cuanto al contrabando y el pago de dinero a servidores de la DIAN para que le facilitaran el ingreso de mercancía al país, entre los cuales se mencionó al disciplinado. Efectivamente uno de los capturados indicó que conoció al investigado, a mediados de 2015 en un operativo en un depósito público, en donde se desarrollaba un proceso de nacionalización de la mercancía de la empresa para la que trabajaba; allí, el disciplinado se identificó como miembro de la “Mesa Anticontrabando”, se inspeccionó la mercancía, sin encontrar inconsistencias, pese a lo cual el investigado ordenó hacer un inventario del 100% de las mercancías. A raíz de esa actuación, él jefe de la empresa se presentó en el lugar, sostuvo comunicación con el investigado, y se acordó que, a cambio de un valor por kilo de mercancía, se evitarían futuros controles, afirmando que contaría con el apoyo del jefe de ese grupo, para evitar el perfilamiento de la empresa, así como también les ofreció suministrarles información importante referente a operativos, controles y visitas que se programaran por la DIAN, como efectivamente lo hizo a cambio dadas. Estos hechos se sitúan en el contexto de un operativo en el cual articularon esfuerzos la Fiscalía General de la Nación, la Policía Fiscal y Aduanera, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el Servicio de Inmigración y Aduanas de Estados Unidos (ICE), que permitió identificar y ubicar al mencionado	

funcionario de la DIAN como uno de los focos de corrupción y defraudación al Estado por sumas millonarias.

➤ **ACTUACIÓN PROCESAL.**

Por Auto No. 17403-00046 del 23 de marzo de 20182 se dispuso la apertura de indagación preliminar.

A través de Auto No. 17417-00195 de fecha 6 de junio de 20183 se dispuso la vinculación del servidor JEPP a la actuación disciplinaria y se decretó la práctica de pruebas.

Mediante Auto No. 17417-00217 del 28 de junio de 20184 se dispuso a oficiar a consultorios jurídicos de las facultades de derecho de algunas universidades para la designación de un estudiante como defensor de oficio del investigado, teniendo en cuenta que se encuentra privado de la libertad, así una estudiante consultorio jurídico de la universidad del Rosario tomo posesión como defensora de oficio del señor JEPP.

Posteriormente, con Auto No. 17404 00045 de fecha 24 de septiembre de 20187 se ordenó la apertura de investigación contra el servidor JEPP.

Con Auto No. 1741000007 de fecha 17 de junio de 2020 se dispuso el cierre de la investigación, al haberse decretado y practicado las pruebas necesarias en aras de esclarecer los hechos. Se reconoció personería a una estudiante de Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario como nueva defensora de oficio del disciplinado.

Mediante Auto No. 1740600006 del 21 de julio de 2020 se profirió pliego de cargos frente a JEPP.

Presentados los descargos por la defensora de oficio del investigado, mediante Auto No. 17424-00010 del 24 de agosto de 202014 se ordenaron de oficio las pruebas en descargos, así como se resolvió sobre las peticiones de la defensora de oficio, quien no pidió pruebas.

3. CARGOS Y ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Mediante Auto No. 1740600006 del 21 de julio de 2020 se profirió pliego de cargos frente a JEPP, por la presunta comisión de la falta disciplinaria consagrada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 194 y 405 de la Ley 599 de 2000 correspondientes a los tipos penales de divulgación y empleo de documentos reservados y cohecho propio, como a continuación se indica:

PRIMER CARGO: Se le atribuye al hoy exservidor JEPP, la comisión de la falta disciplinaria gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece el *“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”*, por cuanto pudo haber incurrido objetivamente en la conducta correspondiente al tipo penal de cohecho propio, descrita en el artículo 405 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal, así: *“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”*.

Lo anterior, toda vez que presuntamente, con ocasión a la labor que desempeñaba en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la DIAN, recibió dinero a cambio de omitir sus funciones de perfilamiento de riesgo de empresas y operaciones sospechosas, en relación con mercancías de los miembros de una organización dedicada al contrabando, facilitando la operación delictual de estos últimos, según lo verificado en el proceso penal CUI 11001-6000-096-2017-00245 adelantado contra JEPP.

SEGUNDO CARGO: Igualmente, se consideró que el hoy exservidor JEPP, puede encontrarse incurso en la falta gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece el “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”, porque objetivamente pudo haber cometido la conducta correspondiente al tipo penal de divulgación y empleo de documentos reservados descrita en el artículo 194 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal, que tipifica el divulgar o emplear, en provecho propio o ajeno, o con perjuicio de otro, un documento que deba permanecer en reserva.

Esta conducta se le atribuye por cuanto, abusando del cargo que desempeñaba, presuntamente suministró material e información sensible, documentos y datos privativos de las labores investigativas y de los operativos aduaneros a los señores Jaime Tello y Oscar Puentes, cabecillas de una organización de contrabandistas, como se señala en los procesos penales respectivos, y también les facilitó información de los operativos que la Fiscalía General de la Nación adelantaba en conjunto con otras autoridades nacionales y extranjeras, en el contexto de una investigación penal para la desarticulación de la mencionada organización delictiva.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Del análisis minucioso del abundante recaudo probatorio, se puede predicar lo siguiente:

Esta conducta se le atribuyó por cuanto, abusando del cargo que desempeñaba, presuntamente suministró material e información sensible, documentos y datos privativos de las labores investigativas y de los operativos aduaneros a los señores YY y ZZ, cabecillas de una organización de contrabandistas, como se señala en los procesos penales respectivos, y también les facilitó información de los operativos que la Fiscalía General de la Nación adelantaba en conjunto con otras autoridades nacionales y extranjeras, en el contexto de una investigación penal para la desarticulación de la mencionada organización delictiva.

De las pruebas arrimadas al proceso, el Despacho pudo establecer en primer lugar, que el investigado laboró en la DIAN y al momento de su captura ostentaba el cargo de Analista III Código 203 Grado 03, habiendo sido comisionado desde el 4 de junio de 2015 para laborar en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la Dirección de Gestión Organizacional de la DIAN.

Para ofrecer un contexto sobre el área de trabajo en que se desempeñaba el disciplinado, debe decirse que con el propósito de lograr el recaudo de las obligaciones aduaneras, la DIAN cuenta con controles para gestionar los riesgos estratégicos, operacionales, de corrupción y de cumplimiento, algunos de los cuales pueden estar originados por situaciones externas que involucran a los usuarios, y varios de los controles son responsabilidad de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional, tendientes a detectar y neutralizar conductas de contrabando y lavado de activos, con el fin de prevenir y combatir el

uso o destinación del comercio para fines que atenten contra la seguridad nacional o las disposiciones de carácter aduanero.

Dicha Subdirección tiene a su cargo la Coordinación de Administración y Perfilamiento de Riesgos, que es la dependencia encargada de monitorear y aplicar orientaciones, criterios y políticas de selectividad generadas por el Comité de Selectividad Aduanera, para el control de las operaciones aduaneras, generar señales de alerta relacionadas con el ingreso y desaduanamiento de mercancías importadas al territorio nacional, y efectuar el posterior seguimiento a la efectividad de esas alertas.

Así entonces le fueron asignados al disciplinado los siguientes compromisos laborales:

1. Mantener actualizada la base de datos que contenga las inclusiones y sus resultados o efectividad.
2. Elaborar informe de la efectividad de las inclusiones forzosas para reconocimiento de carga.
3. Analizar los manifiestos de carga que ingresan al país y realizar selectividad de inclusión forzosa en carga para casos sospechosos.

De lo anterior se desprende que el disciplinado, como parte de la “Sala de Riesgos” en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo, debía realizar seguimiento a la operación aduanera en carga, para establecer patrones de riesgo de empresas y operaciones sospechosas y perfilarlas de conformidad en el sistema con inclusión forzosa, lo que conducía a que se generaran alertas dirigidas a las Direcciones Seccionales de la DIAN, para que a su vez procedieran con las inspecciones respectivas, que se realizaban para verificar si eran ciertas las sospechas que originaban la inclusión, diligencias que los integrantes de la Sala de Riesgos tenían la facultad de acompañar si se consideraba necesario.

Iniciando el análisis cronológico de las actuaciones, se aborda en primer término el tema de la inspección realizada en junio de 2015, por cuanto al parecer fue allí que se inició la relación entre el mencionado servidor y el confeso contrabandista. Al respecto, el Despacho advirtió que lo narrado por el testigo guarda un contexto real con las funciones desempeñadas en la Sala de Riesgos por el disciplinado, las cuales se contraían a efectuar el perfilamiento de empresas y mercancías sospechosas de contrabando, con lo cual se generaba una alerta a la Dirección Seccional de Aduanas respectiva, a fin de que realizara la inspección física de la carga, y se confirmara o desvirtuara la sospecha.

De otro lado, también se acreditó en las presentes actuaciones, que el investigado tenía como labor adicional en la Sala de Riesgos, la facultad de acompañar las inspecciones que se realizaban con ocasión de la alerta generada por el perfilamiento, según consta en un correo electrónico que indica que el servidor aludido, en desarrollo de sus actividades en la Coordinación de Administración y Perfilamiento de Riesgos, en repetidas ocasiones, realizó acompañamientos a las operaciones perfiladas, actuación complementaria a las acciones de control en el marco de la Mesa Anticontrabando y de la Sala de Riesgos.

En tales circunstancias, es razonable indicar que el investigado pudo estar presente en la inspección que el capturado-testigo refiere se le efectuó a la mercancía en el depósito público a mediados de 2015, lo cual además concuerda con lo dicho por el señor YY, en las investigaciones penales y en testimonio que rindiera ante el Despacho, en el cual narró cómo el aludido servidor, al encontrar en la revisión de las cajas de mercancía unos aditamentos que se les habían puesto para agregar peso a la carga, le pidió que hablara, de lo cual entendió una insinuación para arreglar la situación, por lo que procedió a comunicarse de manera inmediata con su jefe, quien habló directamente con el disciplinado y solucionó el impase, conclusión a la que arriba el testigo por cuanto al terminar esa conversación, su jefe le dijo que ya no había problema y que tampoco los tendrían en el futuro con dicho servidor, como en efecto ocurrió, pues no hubo más contratiempos, es decir inspecciones.

Sumado a lo anterior se tienen los testimonios de miembros de la Subdirección, quienes manifestaron que la competencia de los servidores de la Sala de Riesgo en las inspecciones era solo de acompañamiento, es decir no suplían la función de los inspectores o de otros servidores, que para la época de los hechos asistían a dichas diligencias simplemente como “el ojo del Nivel Central”, pero no podían dar una instrucción u orden, ni decir absolutamente nada, así como tampoco firmaban el acta de la inspección, pues la competencia de dirigir esas inspecciones era de servidores de las Direcciones Seccionales de Aduanas, dependiendo del momento del proceso de comercio exterior en que se encontraran, pues solo a finales de 2016 o inicios de 2017 se expidió una resolución estableciendo lineamientos para el acompañamiento por parte de los miembros de la Sala de Riesgos, a fin de que pudieran participar activamente en las inspecciones, para lo cual se les empezó a expedir una orden o auto.

A su vez, la Coordinadora de Administración y Perfilamiento del Riesgo en la DIAN, señaló en su testimonio que la Coordinación a su cargo no tenía funciones de acompañamiento o visitas, eso se hacía en el marco de la Mesa Anticontrabando, y la coordinación no tenía acceso a esa información. Aclara que a mediados de 2016 se adicionó a la coordinación la función de verificar según las alertas, solo se hizo una verificación en Bogotá por parte del disciplinado

Es por todo lo anterior, que el Despacho dio credibilidad a las versiones de las personas capturadas, por ser coincidentes en múltiples detalles relevantes, sumado al hecho de que sí se asignó al servidor el acompañamiento de inspecciones, aunque eso quedara sin trazabilidad documental.

Igualmente el funcionario de la Policía Fiscal y Aduanera- POLFA, quien estaba a cargo de la Operación, en su testimonio señaló que solo por las confesiones del capturado, se enteraron de la vinculación del disciplinado con la organización delictiva, corroborándose posteriormente en la investigación penal que el servidor omitió sistemáticamente el perfilamiento a las empresas de los capturados, las que sí perfilaron otros funcionarios de la DIAN; quien también dio certeza sobre otro hecho de corrupción de parte del servidor disciplinado, tendiente a favorecer en otro aspecto a la banda de contrabandistas, como quiera que dicho servidor obtuvo documentos privativos de la investigación que la Fiscalía y la POLFA estaban adelantando contra dicha organización delictiva, tales como la grabación de una actuación de agente encubierto y registros de seguimientos efectuados al capturado dueño de la empresa, material que entregó a uno de los confeso contrabandistas a cambio de \$5.000.000, en tanto que al otro le solicitó el obsequio de una camiseta de un equipo de fútbol.

Así las cosas, es claro que en la presente actuación disciplinaria se acreditó la cierta ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento en el comunicado de prensa que le dio origen a la acción disciplinaria, concluyéndose del estudio minucioso de los medios de prueba, no solo el irregular proceder del servidor investigado, en cuanto al recibo de dinero para propiciar el ingreso de mercancía de contrabando al país, lo cual efectuaba a través de la deliberada omisión en sus funciones de perfilamiento de carga, sino también en cuanto a la divulgación de documentos e información reservada, obtenida aprovechando su facilidad de acceso a la misma, al tratarse de un servidor que desarrollaba labores de inteligencia en la DIAN y operaba en estrecha cercanía con miembros de la Policía Fiscal y Aduanera, que por la naturaleza de su labor, tenían relación con miembros que participaban en operativos de la Fiscalía General de la Nación, de quienes al parecer obtuvo la ilegal filtración, según lo refirió el testigo Villa Ramírez, para vendérsela a los contrabandistas, facilitándoles eludir la acción de la justicia.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El investigado JEPP ha guardado silencio en relación con los hechos y conductas investigadas, por ende, no ha esbozado argumentos defensivos, ni ha rendido versión libre, pese a que fue citado para rendirla.

Por otro lado, las dos primeras defensoras de oficio asignadas al investigado intervinieron en la práctica de las pruebas, sin realizar pronunciamientos, en tanto que la tercera defensora de oficio solicitó en el escrito de descargos¹⁸ la variación de la calificación de la conducta del investigado, señalando que con anterioridad a estos hechos el mismo no tenía antecedentes disciplinarios, que reconoció sus actos, aceptó la responsabilidad ante la jurisdicción penal y ha colaborado con la justicia al dar información sobre sus actuaciones y las de sus compañeros en cuanto a la operación y repartición de ganancias, resaltando entonces que las conductas no se realizaron únicamente por él, sino que hubo intervención de varias personas.

Pidió la aplicación del principio de favorabilidad, en atención a que su defendido está inmerso en varias de las causales previstas en el artículo 47 de la ley 734 de 2002, en particular los literales a, b y d del numeral 1 de dicho artículo, en consecuencia, consideró que se podría dar la variación de la conducta porque el despacho pudo haber obviado algunos hechos relevantes para que en ese caso no se acuse a su defendido de falta gravísima a título de dolo, como se menciona en la decisión SU-901-05.

Señaló que la variación puede ser sustentada con lo establecido en el artículo 50 y el numeral 8 del artículo 43 de la ley 734 de 2002, donde se mencionan los criterios para la constitución de falta grave o leve, siendo uno de ellos que la falta se realice con la intervención de varias personas, en consecuencia, hace hincapié en que el investigado no actuó solo, sino con la ayuda de servidores y particulares que hacían parte de una red de contrabando.

Finalmente, la defensora de oficio presentó escrito con los alegatos de conclusión¹⁹ manifestando que reitera lo expuesto en el escrito de descargos. En lo que concierne al cargo de falta gravísima a título de dolo, exhorta la aplicación del principio de favorabilidad, que es rector de la norma disciplinaria, siendo de “obligatoria aplicación la ley más favorable, y por ende la interpretación más favorable que se tenga de la ley, a todas las actuaciones que se surtan dentro del proceso disciplinario y con mucha más necesidad a las decisiones que impongan sanciones disciplinarias”.

Cita un aparte de la sentencia C-692 de 2008 de la Corte Constitucional así: “La Corte ha considerado obligatorio el respeto del principio de favorabilidad, de conformidad con el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Frente a este punto, ha advertido que aun cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en “materia penal”, ello “(...) no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario.

Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal.” Además, que la misma ha señalado que “tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa.” Adicionalmente, transcribe el artículo 14 de la Ley 734 del 2002.

Indica que hace referencia a ese principio para que se efectúe la variación de la calificación de la conducta al investigado, para la menor aplicable al caso al momento de tomar la decisión de fondo, atendiendo al

artículo 47 de la ley 734 del 2002. Pide que frente al caso concreto se tenga en cuenta todo lo favorable a su defendido, atendiendo los criterios establecidos en los literales a, b, c y e del artículo 47 de la ley 734 del 2002. Lo expuesto, porque del acervo probatorio es posible colegir que su defendido no presenta antecedente alguno, de forma que la eventual consecuencia disciplinable debe ajustarse a este criterio, pues con anterioridad a estos procesos penal y disciplinario el señor Peña no había sido investigado o sancionado, ni en materia disciplinaria propiamente dicha ni tampoco fiscal, además de no haber recibido ninguna queja de su labor desempeñada en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

También indica que el señor JEPP se declaró culpable de los delitos que le fueron formulados y colaboró en todo momento para tratar de esclarecer los hechos y poder dismantelar toda la red de contrabando en el proceso que se adelantaba en materia penal, dado que aceptó su responsabilidad ante dicha jurisdicción y el 14 de junio de 2019 se le dictó sentencia condenatoria por los delitos de cohecho propio y divulgación y empleo de documentos reservados.

Además, habiendo sido capturado, estuvo presto a colaborar con la justicia dando información sobre la forma en que él y sus compañeros operaban y repartían ganancias, como lo explicó él en los interrogatorios de indiciado del 13 de agosto de 2018 y 4 de febrero de 2019. Adicionalmente, señala que otra circunstancia para tener en cuenta al momento de variar la calificación de la conducta, es la jerarquía de la persona investigada dentro de la entidad pública.

Al respecto, puntualiza que el cargo del investigado era de Analista III Código 203 Grado 03, no se encontraba desempeñando un cargo directivo o de alta jerarquía dentro de la institución, y había personas de rangos superiores involucradas en el proceso. Aclara que si bien es cierto el investigado ejecutó las conductas al margen de la ley por beneficio propio, ello le acarreó múltiples consecuencias personales, familiares y laborales, pero no fueron realizadas individualmente sino con la intervención de varias personas, particulares y terceros, como se corrobora con diferentes medios de comunicación que hicieron seguimiento de la noticia y mencionan la captura de más de diecinueve (19) personas que eran parte de la red de contrabando, entre ellos funcionarios y particulares, como reposa en los expedientes.

Estima que a su defendido le asisten elementos razonablemente fundados que reportan la exigencia de una variación de la sanción a que haya lugar, así, la eventual consecuencia que se derive de la responsabilidad disciplinaria que se le endilga debe ser razonablemente justificada, y es susceptible de ser variada a la menor que pueda imponerse conforme los mandatos legales. En consecuencia, solicita variar la calificación de la conducta a la menor posible, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 47 de la ley 734 de 2002, así como tener en cuenta todo lo favorable al momento de tomar decisión de fondo.

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1º INSTANCIA

FECHA	18 de mayo de 2021
--------------	---------------------------

De acuerdo con las conductas que se encuentran probadas en el plenario, se tiene que el servidor público investigado infringió las siguientes disposiciones normativas que se adecúan a la descripción típica de falta gravísima del Código Disciplinario Único, como se indica a continuación:

ADECUACIÓN TÍPICA.

El artículo 23 de la Ley 734 de 2002 establece que constituye falta disciplinaria “y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente”, la incursión en las conductas o comportamientos previstos en el régimen disciplinario que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el

ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del ordenamiento.

A su turno, el artículo 27 señala que las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Congruente con lo anterior, en este caso se reúnen los requisitos para considerar que el investigado incurrió en la falta gravísima contemplada en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que dispone:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

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”.

Dicha conducta se adecua objetivamente a las descripciones típicas del Código Penal consagradas en los artículos 405 y 194, las dos sancionables a título de dolo, relacionadas con el ejercicio de su cargo y, que en su orden establecen:

“Artículo 405. Modificado por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011. Cohecho propio. 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 cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”.

"Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor".

Se consideró que la conducta de JEPP, encajaba en el tipo penal consagrado en el artículo 405 en cita, porque al ser servidor público de la DIAN para la época de los hechos, cumple con el requisito del sujeto activo calificado.

Adicionalmente, estaba ejerciendo sus funciones y deberes en la “sala de Riesgos” de la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo - Subdirección de Gestión de Análisis Operacional - Dirección de Gestión Organizacional de dicha entidad, en virtud de las cuales tenía a cargo el perfilamiento de empresas y mercancías sospechosas, labor que dejó de realizar específicamente en relación con las empresas lideradas por los confesos contrabandistas, omitiendo así sus deberes del cargo como servidor público.

Se advierte igualmente el desarrollo del verbo rector “recibir”, por cuanto se acreditó que dicho servidor recibió dinero para sí mismo, en forma reiterada, a cambio de desplegar la conducta ilegal, que consistió en omitir actos propios de su cargo, concretamente el perfilamiento de empresas y mercancía sospechosa, lo cual efectuó en beneficio de los señores XX y YY, consumando así objetivamente el delito, conducta que aceptó ante la jurisdicción penal y por la cual fue condenado.

También concurre el elemento asociado a la forma de culpabilidad dolosa en cuanto al delito, puesto que el servidor sabía que las personas que le ofrecieron dinero para omitir sus funciones, lo hacían con el propósito de introducir grandes cantidades de mercancía de contrabando al país, y aun así aceptó, por lo que teniendo el deber de perfilar toda una serie de documentos con inclusión forzosa, no lo hizo en ninguna oportunidad en relación con las empresas gestionadas por los contrabandistas Puentes y Tello, en total dislate con sus deberes y con la lealtad que le debía a la entidad para la cual trabajaba, a sabiendas de estar incurriendo con su proceder en un acto ilegal, dada la calidad de funcionario público que ostentaba desde hacía varios años.

En relación con la otra conducta en estudio, es decir, la consagrada en el artículo 194 del Código Penal, se tiene que el proceder del servidor JEPP encaja objetivamente en el delito allí tipificado, al haberse acreditado que tuvo acceso a documentos e información que debían permanecer en reserva, la cual divulgó, entregándosela a los contrabandistas capturados, obteniendo beneficio en provecho propio, porque a cambio recibió dinero y una camiseta de su equipo de fútbol favorito; así mismo, generó beneficio para terceros dado que al posibilitarles dicha información y documentos les daba mecanismos para evadir la acción de la DIAN y de la justicia, todo ello obviamente con perjuicio de la Entidad y del Estado, por cuanto propiciaba que se burlaran las acciones aduaneras, y las de investigación penal y seguimiento que con tanto esfuerzo se desplegaron contra dicha organización delincriminal, señalada por la Fiscalía General de la Nación de ser en su momento la mayor red de contrabando del país.

Debe anotarse que si bien el tipo penal en comento no requiere sujeto activo cualificado, para los efectos de la aplicación de las normas disciplinarias sí resulta relevante puntualizar que la conducta del señor JEPP, tuvo cabal relación con el cargo que desempeñaba en la Sala de Perfilamiento de Riesgos de la DIAN, ya que aprovechó de modo indebido la vinculación que el mismo le facilitaba con situaciones de las cuales se enteraba por el ejercicio de sus funciones, aunque no participara directamente, logrando acceder a la información para luego lucrarse con la divulgación de contenidos confidenciales, como se expuso. Incluso, si logró vender le la información reservada a los contrabandistas fue prevaliéndose del cargo que ocupaba en la DIAN, pues debido al mismo los conoció y los contactó, y por tal situación los contrabandistas adquirieron la información, al saberlo conocedor de muchas infidencias y valiosa información en razón de sus funciones en la “Sala de Riesgos” y su posición en la Entidad

ILICITUD SUSTANCIAL.

La Constitución Política de Colombia establece en el artículo 6º la cláusula general de responsabilidad de los particulares y servidores públicos, al indicar que los primeros sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los últimos además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional en torno al tema de la ilicitud sustancial, consideró que “es la infracción al deber funcional, en sus expresiones de cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, obligación de actuar conforme a la Constitución y a la ley, y garantía de una adecuada representación del Estado, lo que legitima desde el punto de vista sustancial la conminación disciplinaria de una conducta”.

La ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública, establecidos entre otros, en el artículo 3 de la ley 1437 de 2011, el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 y a partir de las normas rectoras de su ejercicio, pues los servidores públicos deben tener siempre presente

el deber de sujetar su función a asegurar la prevalencia del interés general, a la defensa del ordenamiento jurídico, así como a realizar solamente aquello que les está permitido, entre otros.

De aquello surge su responsabilidad con ocasión de la vulneración de los principios de legalidad, transparencia, honradez y lealtad, en tanto al asumir sus cargos, se comprometen a cumplir con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, lo que significa que la realización de comportamientos expresamente prohibidos o calificados como atentatorios del ordenamiento jurídico, sin justificación alguna, pueden resultar violatorios de su deber funcional expresamente definido.

En el caso bajo estudio, tenemos que las conductas imputadas al disciplinado JEPP, resultan sustancialmente contrarias al ordenamiento jurídico, puesto que el servidor debió actuar en estricto cumplimiento de sus deberes, como lo demandaban las funciones a él asignadas en la Sala de Riesgos – Coordinación de Administración y Perfilamiento de Riesgos, así como desde la Mesa Anticontrabando, pero en vez de ello quebrantó la confianza de la administración pública, generando situaciones irregulares como el no perfilamiento sistemático de empresas que ingresaban mercancía de contrabando al país, a fin de no generar alertas que pudieran devenir en inspecciones y eventual decomiso de las mercancías, favoreciendo de esta manera el robustecimiento de una organización delictiva dedicada al fraude aduanero a gran escala, con los consecuentes efectos nocivos no solo para la entidad, sino para el país, que libra una lucha sin cuartel contra dicho flagelo.

Para este Despacho es claro que la actitud omisiva del servidor JEPP, menoscabó la función del Estado en el control del contrabando, que desarrolla por conducto de servidores que desempeñan roles como el de perfilamiento de operaciones sospechosas, por lo que en grado sumo resulta reprochable que dejara de realizar debidamente su labor, dedicándose en su lugar a contrariar los principios que debía observar y salvaguardar, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, no solo por ser servidor público, sino además dada la especial confianza puesta en él por parte de la administración al encargarle labores delicadas de inteligencia de la DIAN, la cual defraudó, sin que hasta ahora se advierta justificación alguna para su proceder ilegal.

De otro lado, adviértase que no pararon allí las acciones irregulares del servidor JEPP, quien adicionalmente abusando de su cargo, logró tener acceso a documentos e información de carácter confidencial o reservado, perteneciente a un operativo secreto de carácter penal que estaba realizándose por la DIAN en asocio con la Fiscalía General de la Nación, la POLFA y autoridades americanas, precisamente contra la estructura delictiva a la que desde tiempo atrás venía “colaborando” el mencionado servidor, quien no tuvo inconveniente en vendérselas para que pudieran burlar la acción de las autoridades, sin reparar tampoco en la patente irresponsabilidad que entrañaba la exposición de la agente encubierta ante la organización criminal, poniendo en riesgo su integridad y su vida, como se señaló en el proceso penal en su contra.

Con todas esas actuaciones, el servidor JEPP contrarió el principio de **IMPARCIALIDAD** al omitir los procedimientos de perfilamiento, teniendo en consideración únicamente el beneficio económico que recibía por esa conducta, sin pensar en el interés general, como lo manda el ejercicio de la función pública, situación que también se replica en la filtración de la información y documentos de carácter confidencial y reservado. Igualmente, con los comportamientos ejecutados por el disciplinado, obró contra el principio de **MORALIDAD**, porque no actuó con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas a su cargo, sino por el contrario, obró de forma ilegal, parcial y deshonesto. A su vez, atentó contra el principio de **EFICACIA**, porque con su proceder irregular impidió que los procedimientos aduaneros logaran su finalidad de control del contrabando. Adicionalmente, obró en contra de los mandatos del Código de Buen Gobierno y Ética que se comprometió a acatar y poner en práctica, especialmente en lo

relativo al valor de la honestidad en el desarrollo de los procesos institucionales, habiendo aceptado dádivas para la ejecución de las conductas irregulares ya mencionadas.

CULPABILIDAD.

En lo que concierne a la forma de culpabilidad, el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 consagra que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

El contenido del “dolo” puede establecerse conforme a lo consagrado en el artículo 22 de la Ley 599 de 2000, por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002, de forma tal que sus elementos son el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización.

Adicionalmente, para el derecho disciplinario, el dolo se considera como la intención deliberada que tiene el servidor investigado de desatender el ordenamiento o el ánimo que lo embarga de quebrantar la norma, de causar daño, o de actuar de manera contraria al interés general o al buen servicio público, de lo cual tiene conocimiento dada su formación, su experiencia, las particulares funciones que le han sido asignadas, o por haber sido advertido de la incorrección de su proceder o de la falta de cumplimiento de condiciones fijadas en la Ley, las que debía tener en cuenta y aplicar específicamente.

Revisadas actuaciones del disciplinado JEPP, en la secuencia que da cuenta la noticia disciplinaria y con los elementos de prueba recaudados, el Despacho le endilgó las dos conductas a título de DOLO. Lo anterior, porque si bien la conducta irregular del señor JEPP comenzó al poco tiempo en que inició su labor en la “Sala de Riesgo” en el 2015, él era funcionario de la DIAN desde mayo de 2011 (4 años antes de la ocurrencia de los hechos), de forma tal que conocía sus labores y la importancia de la labor de los funcionarios DIAN en la lucha contra el delito de contrabando.

Igualmente, sabía que recibir dádivas para el cumplimiento o incumplimiento de sus funciones iba en contra de su función y del Código de Ética que se había comprometido a acatar. Se entiende que conocía perfectamente las funciones que debía cumplir en la Sala de Riesgos, pues se especificaban en las sucesivas comisiones que se le otorgaron para el ejercicio del cargo, al tiempo que comprendía la trascendencia de esas funciones en materia aduanera, ya que en los informes que se rendían por la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo, en cuya elaboración él participaba con la información que salía de la “Sala de Riesgos”, se señalaba la importancia de la actividad de perfilamiento de las empresas, sus cargas y mercancías, y su efectividad, entonces conocía los resultados que se ofrecían a la DIAN por su conducta, lo cual también podía entender claramente debido a sus conocimientos en labores de inteligencia.

De igual forma, por sus conocimientos en “inteligencia”, conocía plenamente el carácter reservado y trascendencia de la información del operativo penal, a la cual logró acceder de manera ilegal abusando de su cargo, pues en la práctica, el ejercicio de sus funciones le posibilitaba el acceso a gran cantidad de información sensible en materia aduanera, así como le brindaba conexiones con miembros de la POLFA y otras personas que participaban en el operativo aludido, obrando así en forma contraria a lo que su cargo le demandaba. Ahora bien, se tiene que era una persona ampliamente versada en temas de seguridad, por su experiencia laboral y estudios en el tema, por lo cual no podía desconocer que la protección de la reserva de las investigaciones penales y la confidencialidad de algunos asuntos de la administración pública no son asunto de poca importancia y trascendencia, llegando a ser incluso equiparados a la protección de los secretos políticos, económicos o militares, relacionados con la integridad del Estado, que por ende el ordenamiento los protege a través de la penalización de su

divulgación, como en efecto le ocurrió al disciplinado, que se encuentra condenado por delito de divulgación de documento reservado.

Así, el funcionario tenía claridad de las delicadas implicaciones que revestían las funciones que debía desarrollar en la Sala de Perfilamiento de Riesgos de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la DIAN, en virtud de las cuales se buscaba detectar operaciones de empresas y mercancías sospechosas para generar alertas que permitieran inspeccionar determinadas cargas, verificando así de primera mano el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, y pese a ese conocimiento, omitió voluntaria, deliberada y sistemáticamente perfilar las empresas a través de las cuales una red de conocidos contrabandistas ejercía operaciones a gran escala, a quienes además suministró información confidencial y reservada sobre operativos aduaneros y sobre un operativo interinstitucional y transnacional, con connotaciones penales, que se estaba adelantando contra dicha organización delincinencial, a cambio de dinero.

En consecuencia, es claro que obró con conocimiento y consciencia de lo que hacía, persiguiendo el fin de lucrarse de la doble “ayuda” que brindaba a los contrabandistas, facilitándoles de un lado el ingreso de grandes cantidades de mercancía al país mediante la omisión del perfilamiento y, del otro, que trataran de eludir la acción de las autoridades y de la justicia.

CALIFICACIÓN DE LA FALTA.

De acuerdo con lo establecido en el 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, siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único para determinar la gravedad o levedad de la falta.

Conforme a lo anterior, dado que las conductas en estudio del investigado JEPP se ajustan a la descripción de la falta disciplinaria contenida en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con dos tipos penales diferentes, como se vio en precedencia, corresponden a una falta disciplinaria gravísima.

CRITERIOS DE LA SANCION A IMPONER.

Para efectos de la graduación de la sanción, dada la solicitud de la defensa de dar la aplicación más benéfica al investigado, se debe partir en primer lugar, de la consideración que conforme a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, dado que los dos cargos endilgados corresponden a la incursión en falta gravísima dolosa, la sanción a imponer será la de destitución e inhabilidad general, lo cual a voces del numeral 1 del artículo 45 de la misma ley, implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término que a continuación se señalará, así como la exclusión del escalafón o carrera

En relación con la graduación de la sanción, la defensora de oficio del investigado solicitó que se tenga en cuenta todo lo favorable a su defendido, atendiendo los criterios establecidos en los literales a, b, c y e del artículo 47 de la ley 734 del 2002. En relación con la destitución y la exclusión del escalafón o carrera, no hay lugar a la graduación, teniendo en cuenta el tipo de sanción. Adicionalmente, conforme a lo

señalado en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, a pesar de que el disciplinado ha cesado en sus funciones en virtud de la condena penal, tampoco es posible convertir la sanción a multa. Ahora bien, en cuanto a la sanción de inhabilidad general, de acuerdo con el inciso primero del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, será de diez a veinte años, y conforme a lo establecido en el artículo 47 de la misma ley, sí se aplican los criterios de graduación de la sanción para determinar el término de duración, para lo cual también se debe seleccionar el cuarto de movilidad en el cual debe tasarse la sanción; así, se convierte el término de la inhabilidad a meses, lo cual indica que el mínimo aplicable es de 120 meses y el máximo de 240 meses, y el sistema de cuartos se representa así: el primer cuarto de 120 meses a 150 meses, el segundo cuarto de 150 meses a 180 meses, el tercer cuarto de 180 meses a 210 meses y el último cuarto de 210 meses a 240 meses.

Para determinar el cuarto de movilidad, se tendrán en cuenta los criterios de graduación de la sanción, de los cuales se advierte, como lo señala la defensora de oficio, que el señor JEPP no cuenta con antecedentes, pues la condena o sanción penal que registra se refiere precisamente a los mismos hechos aquí descritos, no a conductas ocurridas con anterioridad, y no tiene sanciones fiscales o disciplinarias.

En lo relacionado con la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función, se tiene que, debido al tipo de conductas aquí investigadas, dado que una de ellas obedece al incumplimiento voluntario de sus funciones a cambio de dinero, no resulta posible hablar de diligencia y eficiencia en el desempeño del cargo o de la función. En este caso se aprecia que aunque la defensora alega que el señor JEPP aceptó su responsabilidad ante la jurisdicción penal y ha estado presto a colaborar con la justicia, igualmente consta que el investigado no se ha pronunciado en relación con su responsabilidad en esta actuación disciplinaria, que es independiente de la acción penal, por lo tanto, no es posible considerar que por su actuación en ese proceso implique su aceptación de responsabilidad disciplinaria, pues ello iría en contravía de sus derechos como investigado.

Además, no aparece que infundadamente el investigado atribuyera la responsabilidad a un tercero, pues como ya se ha dicho, no ha emitido pronunciamiento alguno en estas diligencias, y por lo mismo, no aparece que haya procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado a la administración.

Como ya se ha mencionado en esta decisión, el investigado contribuyó a que particulares lograran introducir mercancía de contrabando al país, al tiempo que les entregó información y documentos con carácter reservado, esto último a fin de que pudieran eludir el actuar de las autoridades aduaneras y penales, conductas con las cuales el investigado generó un grave daño social, ya que como se ha visto y es ampliamente conocido, el contrabando es un delito que afecta gravemente la economía nacional, no solo por el no pago de los aranceles correspondientes a las mercancías importadas, sino también por la competencia desleal y desigualdad que ello ocasiona a los comerciantes que sí cumplen con sus obligaciones aduaneras y tributarias, y aunque el investigado no fue quien cometió el delito de contrabando, sí colaboró para que el mismo se materializara durante varios años por las empresas lideradas por los contrabandistas XX y YY, por lo que se considera que de su conducta se derivó grave daño social.

En este caso no se evidencia la afectación de derechos fundamentales, pues se trata de temas eminentemente económicos y sociales.

Además, como ya se dijo, debido a su experiencia como servidor público y en temas de seguridad e inteligencia, el investigado tenía pleno conocimiento de sus funciones y que omitirlas conllevaría no solo a la incursión en falta disciplinaria, sino también en delitos, lo cual también sabía al momento en que

entregó información y documentos de carácter reservado, entonces conocía que estaba incurriendo en esas conductas irregulares y su ilicitud formal y sustancial.

Adicionalmente, y como lo reseña la defensora de oficio, se tiene que el servidor no pertenecía al nivel directivo o ejecutivo de la entidad, dado que su cargo era de Analista III Código 203 Grado 03, comisionado para ejercer su función en la Sala de Riesgos, que hacía parte de la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo, dependencia que a su vez depende de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la Dirección de Gestión Organizacional.

Por lo anterior, se tiene que respecto del investigado se predicen como criterios de atenuación el que no tiene antecedentes, sin embargo, se aprecia que también hay criterios de agravación, como el hecho de la falta de diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función, así como el grave daño social de su conducta y el conocimiento de la ilicitud.

En cuanto a los demás criterios, como ya se dijo, no aplican en este caso, por lo cual no constituyen causal alguna que deba analizarse en este punto específico. En relación con los demás aspectos alegados por la defensora de oficio, en cuanto a que la conducta del investigado le acarreó múltiples consecuencias personales, familiares y laborales, y que no actuó individualmente sino con la intervención de varias personas, particulares y terceros, como reposa en el expediente, se ha de reiterar que tales circunstancias no están previstas en la norma para la graduación de la sanción, en consecuencia, no hay lugar a considerarlas en este punto.

Visto lo expuesto, dada la concurrencia de circunstancias de atenuación y de agravación, el Despacho selecciona el segundo cuarto de movilidad para tasar la sanción, y dado que hay más causales de agravación que de atenuación, se establece que inicialmente la sanción a imponer sería la mayor, esto es, de 180 meses de inhabilidad general.

Por otra parte, dado que con varias acciones y omisiones, el investigado infringió varias veces la misma disposición disciplinaria en relación con diferentes delitos, ya que se endilgaron dos cargos por la falta gravísima establecida en el artículo 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, uno en concordancia con el artículo 405 del Código Penal, y otro en concordancia con el artículo 194 de dicho código, y en este caso la sanción es de destitución e inhabilidad general por cada una de dichas conductas, la inhabilidad se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

Así las cosas, se deberá incrementar la sanción de inhabilidad general en otro tanto, es decir, en otros 180 meses, pero como la suma de las sanciones excede el máximo permitido, solo se podría aumentar hasta dicho límite que es de 240 meses, que equivalen a 20 años

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de JEPP, en su calidad de Analista III Código 203 Grado 03 comisionado para prestar sus servicios en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la Dirección de Gestión Organizacional de la U. A. E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, para la época de los hechos, por las conductas consignadas como cargos en el Auto No. 1740600006 del 21 de julio de 2020; actuaciones constitutivas de falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 194 y 405 de la Ley 599 de 2000

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, IMPONER a JEPP, **sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva precedente.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión de conformidad con lo establecido en los artículos 101, 102 y 107 de la Ley 734 de 2002, a los sujetos procesales.

CUARTO: ADVERTIR que contra la presente decisión procede el RECURSO DE APELACIÓN.

QUINTO: En firme la presente decisión, COMUNICARLA al Centro de Atención al Público (CAP) de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único