

FICHA TÉCNICA – SEGUNDA INSTANCIA**1. INFORMACIÓN PROCESO**

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-060
- DEPENDENCIA	Directora General Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales -ITRC
- INVESTIGADO:	J.E.P.P.
- CARGO:	Analista III, Código 203, Grado 03
- ENTIDAD:	DIAN, Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la Dirección de Gestión Organizacional.
- CIUDAD:	BOGOTA.
- TEMA:	- Falta gravísima artículo 48 Numeral 1 Ley 734 de 2002- Artículo 405 de la Ley 599 de 2000- correspondiente al tipo penal de cohecho propio.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

La presente investigación tuvo origen en un comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación, de fecha 14 de marzo de 2018, en el cual se puso en conocimiento la captura del servidor público JEPP, quien laboraba en la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional de la DIAN, señalado de recibir dádivas por brindar información privilegiada sobre operativos, y por facilitar el ingreso ilegal de mercancía a una organización de contrabandistas.

Reseña procesal

Por Auto No. 17403-00046 del 23 de marzo de 2018 se dispuso la apertura de indagación preliminar.

A través de Auto No. 17417-00195 de fecha 6 de junio de 2018 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 2018 se dispuso oficiar a consultorios jurídicos de las facultades de derecho de algunas universidades para la designación de un estudiante como defensor de oficio del investigado.

Con Auto No. 17404 00045 de fecha 24 de septiembre de 2018, se ordenó la apertura de investigación contra el servidor de la DIAN JEPP.

En Auto No. 17417-00159 de fecha 15 de mayo de 2019 se reconoció personería a la nueva defensora de oficio del investigado.

Con Auto No. 1741000007 de fecha 17 de junio de 2020 se dispuso el cierre de la investigación.

Con Auto No. 1740600006 de 21 de julio de 2020, se profirió pliego de cargos frente al señor JEPP y se le imputaron los siguientes cargos:

PRIMER CARGO: En concordancia con la falta gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ya citada, se considera que el funcionario JOBANY EDINSON PEÑA PÁEZ 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”.

Esto, 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, según lo verificado en el proceso penal CUI 11001-6000-096-2017-00245 adelantado contra JEPP, facilitando de esta forma su operación delictual.

SEGUNDO CARGO: igualmente, se considera que el servidor JEPP puede encontrarse incurso en la falta gravísima descrita en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, 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, presuntamente suministró material e información sensible, documentos y datos privativos de las labores investigativas y de los operativos aduaneros a los 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.

La falta se calificó como gravísima y se le imputó provisionalmente a título de dolo.

Auto No. 17421-00003 del 25 de febrero de 2021, se corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión.

Mediante Resolución No. RESOLUCIÓN No. 17317-00005 18 de mayo de 2021, por la cual se profirió fallo de Primera Instancia, declarando la responsabilidad disciplinaria del servidor JEPP y en consecuencia imponerle sanción disciplinaria consistente en DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS.

Frente al Fallo de Primera Instancia, el disciplinado JEPP, a través de su apoderado de confianza interpuso recurso de apelación.

Mediante Auto No. 17401 de 23 de junio de 2021 se concedió el recurso de apelación a los disciplinados.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

El fallador de primer grado soportó la decisión sancionatoria frente a la realización objetiva de la falta gravísima consagrada en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los artículos 405 y 194 del Código Penal, referente a las conductas punibles de Cohecho Propio y Divulgación y Empleo de Documentos Reservados.

De los elementos allegados legalmente a la actuación disciplinaria se comprobó que el disciplinado JEPP, adscrito por comisión de servicios a 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, concretamente incumplió el deber funcional de adelantar las actividades de perfilamiento de riesgo de empresas, inclusiones forzosas para el reconocimiento físico de carga y operaciones sospechosas, dirigidas a detectar y neutralizar conductas de contrabando y lavado de activos, conducta omisiva que reiteró de manera sistemática respecto de mercancías de empresas que hacían parte de una organización dedicada al contrabando, con lo cual facilitó el ingreso ilegal de carga al país, la operación delictual de la red de contrabando, al tiempo que suministró información privilegiada y reservada sobre operativos aduaneros y evidencias recaudadas en una investigación penal adelantada contra la misma organización.

El primer aspecto que el operador jurídico de primera instancia entró a corroborar fue el relacionado con la calidad de servidor público del disciplinado JEPP, lo cual soportó con la certificación emitida por la Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección Gestión de Personal de la DIAN.

Un segundo aspecto sometido a verificación que conllevó a la acreditación de las faltas disciplinarias gravísimas objeto de pronunciamiento fue el relacionado con el marco funcional del disciplinado 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.

Enfatizó que la precitada Subdirección de Gestión de Análisis Operacional es responsable de los controles implementados al interior de la DIAN con el propósito de lograr el recaudo de las obligaciones aduaneras, indicando que dicha dependencia tiene a su cargo la Coordinación de Administración y Perfilamiento de Riesgos 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 las precitadas alertas

Adicionalmente indicó sobre la creación de una mesa de trabajo informal denominada “Sala de Riesgos”, en la cual participaban funcionarios de la Policía Fiscal y Aduanera - POLFA y de la DIAN, especialmente de la Coordinación de Administración y Perfilamiento del Riesgo, dependencia a la cual pertenecía el disciplinado, y en donde se seleccionaban operaciones de comercio exterior de relevancia y seleccionaban documentos de transporte para reconocimiento físico en el proceso de carga o declaraciones de importación en el proceso de nacionalización de mercancías para inspección física, con el fin de prevenir los riesgos aduaneros.

Se indicó que el disciplinado JEPP, se le fijaron como compromisos laborales: Mantener actualizada la base de datos que contenga las inclusiones y sus resultados o efectividad, elaborar el informe de la efectividad e de las inclusiones forzosas para reconocimiento de carga y analizar los manifiestos de carga que ingresen al país a y realizar selectividad de inclusión forzosa en carga para casos sospechosos, entre otros.

Con base en lo anterior precisó la primera instancia que el servidor JEPP, 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

Concluyó el operador jurídico disciplinario sobre la existencia de un pacto económico entre los cabecillas de una red de contrabandistas y el disciplinado JEPP, donde el servidor se comprometió a no cumplir con la labor que tenía como servidor de la DIAN de perfilar las empresas que aquellos utilizaban para introducir

al país las mercancías de contrabando, pacto que en efecto se materializó, al conocerse que no aparece perfilamiento realizado por dicho servidor en relación con las mismas empresas durante el periodo en estudio.

De otro lado, en torno a la configuración del delito de Divulgación y Empleo de Documentos Reservados, indicó la primera instancia que estaba acreditado que se presentó otra situación de corrupción análoga realizada por el disciplinado JEPP, 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 a los contrabandistas, material que entregó a los criminales.

En cuanto al material filtrado por el servidor JEPP, claramente lo obtuvo en forma irregular, como quiera que sus funciones en la DIAN no incluían participar en operativos penales y no se trataba de documentos de dominio público, sino información sensible y reservada por hacer parte de actuaciones de inteligencia, con connotaciones penales, adelantadas en el marco de un operativo interinstitucional, con la participación incluso de autoridades extranjeras como la Embajada Americana, en el marco de la lucha del Estado contra el contrabando.

Encontrando acreditada la ocurrencia de los hechos, concluyéndose el irregular proceder del servidor JEPP en cuanto al recibo de dinero para propiciar el ingreso de mercancía de contrabando al país, 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 [...], para vendérsela a los contrabandistas, facilitándoles eludir la acción de la justicia.

De otro lado, en torno a la configuración del delito de Divulgación y Empleo de Documentos Reservados, indicó la primera instancia que se demostró que el servidor obtuvo documentos privativos de la investigación que la Fiscalía y la POLFA, tales como la grabación de una actuación de agente encubierto y registros de seguimientos efectuados a los contrabandistas a cambio de \$5.000.000, además de solicitó como obsequio de una camiseta del equipo de fútbol del cual este último era directivo. El servidor no tuvo inconveniente en divulgar dicho material, facilitándoselo a los contrabandistas que estaban siendo investigados penalmente, a quienes se los ofreció como información obtenida de primera mano, pues les dijo que la Fiscalía se la había entregado directamente a la Mesa Anticontrabando, de la cual era miembro, según lo mostraron las pruebas allegadas.

En virtud de lo anterior se tuvo por acreditada la ocurrencia de los hechos, además de verificarse los elementos constitutivos de la falta, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, se declaró la responsabilidad

de los disciplinados, imponiendo una sanción de DESTITUCION e INHABILIDAD GENERAL POR EL TERMINO DE 20 ÑOS.

4. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Recurso presentado por el apoderado del disciplinado JEPP:

El defensor del investigado Inicia su argumentos defensivos solicitando la variación de la sanción impuesta por el fallador de primer grado consistente en destitución e inhabilidad general por el termino de veinte (20) años a la mínima aplicable a su defendido, petición que soporta en los criterios para la graduación de la sanción regulados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, refiriéndose a que el disciplinado no presenta antecedentes, ni tenia investigaciones de ningún tipo, igualmente señalo que no se encontraba desempeñando un cargo directivo o de alta jerarquía dentro de la institución y existían personas de rangos superiores involucradas en el proceso.

5. CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

La segunda instancia para efecto de resolver la impugnación formuló el siguiente planteamiento:

Problema Jurídico ¿El acto administrativo expedido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, por medio del cual se sancionó al disciplinado JEPP, con destitución e inhabilidad general por el término de veinte (20) años para ejercer cargos públicos, observó el principio de proporcionalidad inmerso en los criterios atenuantes y agravantes establecidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, para determinar la graduación de la sanción?

Para el desarrollo del tema abordo principalmente los siguientes temas, Principio de proporcionalidad de la sanción disciplinaria, criterios autónomos para la dosificación de la sanción disciplinaria y el caso concreto.

En cuanto al Principio de proporcionalidad, acudió al articulo 18 de la Ley 734 de 2002, el cual establece que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y en la graduación de la sanción se deben aplicar los criterios que fija la Ley disciplinaria.

Conforme a las circunstancias concretas del caso bajo estudio, se tiene que las faltas gravísimas cometidas con dolo dan lugar a la sanción principal de destitución y de manera concurrente al correctivo –también principalde inhabilidad general para ejercer cargos y funciones públicas.

Referente al límite de la sanción de inhabilidad general el artículo 46 de la precitada normativa prevé un término de diez (10) a veinte (20) años, dosimetría dentro de la cual debe moverse el operador jurídico disciplinario para imponer el correctivo, lo cual conlleva a efectuar un juicio de proporcionalidad en el cual imperativamente debe aplicarse los parámetros taxativamente establecidos en el artículo 47 ibídem, de tal manera que el término de la aludida sanción de inhabilidad general depende si el funcionario investigado:

- Ha sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
- Ha desempeñado su cargo o función con diligencia y eficiencia demostrada;
 - Ha atribuido –infundadamente- la responsabilidad a un tercero;
 - Ha confesado la falta antes de la formulación de cargos; - Ha procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
 - Ha devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
 - Ha generado con su conducta, un grave daño social,
 - Ha afectado derechos fundamentales;
 - Conocía la ilicitud;
 - Pertenecía al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

No obstante, es de resaltar que si el disciplinado con una o varias acciones u omisiones infringe varias disposiciones de la Ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, para graduar la sanción se deben tener en cuenta los parámetros contenidos en el numeral 2 del mencionado artículo 47 del Código Disciplinario Único, dentro de los cuales el Despacho resalta el siguiente por ser aplicable al caso concreto:

“[...] 2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal; [...].”*

La segunda instancia, advirtió una aplicación errónea de una formulación matemática inherente a la codificación penal para la graduación de la sanción de inhabilidad general, con lo cual se inobservó las reglas autónomas y taxativamente señaladas en el Código Disciplinario Único, ello teniendo en cuenta que la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias en el fallo objeto de cuestionamiento hizo referencia al sistema de cuartos del Código Penal; dicha falencia conllevó a tasar de manera equívoca la sanción de inhabilidad general en términos de meses y no en años como lo regula expresamente la Ley 734 de 2002, sumado a que frente al concurso de conductas disciplinarias gravísimas cometidas por el disciplinado de manera errada efectuó una acumulación aritmética de las sanciones, omitiendo aplicar el sistema de acumulación jurídica adoptado en la precitada Ley disciplinaria, conforme se hizo alusión anteriormente, se impone la sanción más grave sin que en ningún caso se exceda el máximo legal.

Aunado a lo anterior, el operador jurídico de primera instancia a pesar de haber hecho referencia a que el disciplinado JEPP, al momento de los hechos objeto de imputación disciplinaria no ocupaba un cargo del nivel directivo o ejecutivo al interior de la DIAN, al dosificar la sanción de inhabilidad general únicamente tuvo en cuenta la ausencia de antecedentes fiscales o disciplinarios y omitió aplicar dicho criterio previsto en el literal j), numeral 1 del artículo 47 de la precitada normativa como causal atenuante a tener en cuenta al momento de establecer el quantum de la sanción, por lo que la segunda instancia, señalo que debía corregir los yerros advertidos en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del disciplinado JEPP, en observancia de los principios de congruencia, proporcionalidad y de legalidad de la sanción y en consecuencia se ordenó la modificación de la sanción.

Teniendo en cuenta que se atribuye al disciplinado JEPP la comisión de dos faltas gravísimas dolosas, la inhabilidad a imponer sería la máxima legal, no obstante, en atención a que el disciplinado no ha tenido sanciones de tipo disciplinario o fiscal dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta y para la época de los hechos no ocupaba un cargo del nivel directivo o ejecutivo en la Dian, como criterios atenuantes para la graduación de la sanción, este Despacho define la medida a imponer en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE DIECIOCHO (18) AÑOS**.

6. RESUELVE - 2º INSTANCIA

En virtud de lo todo anterior, mediante RESOLUCIÓN No. 004 de fecha 04 de agosto de 2021 se resolvió:

“PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero del fallo definitivo de primera instancia, a través del cual la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, declaró disciplinariamente responsable de los cargos formulados al ex servidor público JEPP, vinculado en calidad de Analista III, Código 203, Grado 03, adscrito a 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, por las razones consignadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo definitivo de primera instancia, en el sentido de imponer al investigado JEPP, la sanción disciplinaria de Destitución del cargo e Inhabilidad General para el ejercicio de función pública por el término de dieciocho (18) años, conforme lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión”