

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

- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-052
- PONENTE:	Directora General de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.
- INVESTIGADOS:	E.M.A
- CARGO:	Para el momento de los hechos fungía como Analista II Código 202 Grado 02 del Grupo Interno de Trabajo.
- ENTIDAD:	DIAN
- CIUDAD:	Bogotá
- TEMA:	Análisis de irregularidades que vulneraron el debido proceso probatorio por restricciones al derecho de contradicción e inconsistencias en el recaudo y practica probatoria.

2. ANTECEDENTES**Síntesis de los hechos**

Los hechos que originaron la presente actuación fueron puestos de presente por la ciudadanía, **J.P**, quien formuló queja en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Bogotá, el día 07 de Febrero de 2018 vía correo electrónico, Se narraron los hechos presuntamente ocurridos el 15 de Julio de 2017 en la ciudad de Armenia atribuibles al funcionario **E.M.A**, quien posiblemente realizo una solicitud de dadivas, con el fin de prestar colaboración en los trámites aduaneros, relacionados con el decomiso de mercancías. Señaló la quejosa que se realizó, por parte de funcionarios de la DIAN de la Seccional Armenia, la aprehensión y decomiso de nueve cobijas, mediante Acta de junio de 2017.

Narró que el 12 de junio de 2017 el padre de **J.P**, importador de las cobijas, se dirigió con su hija a Bogotá para radicar los documentos que les fueron requeridos por la DIAN durante el proceso de aprehensión. Los atendió el funcionario **E.M.A**, presuntamente funcionario de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá quien se ofreció a asesorarlos en caso de que su solicitud fuera negada, a fin de evitar la pérdida de la mercancía. Se realizó el envío de la suma vía Baloto.

El 17 de noviembre de 2017, **E.M.A** le envió vía correo electrónico, un documento para solicitar la revocatoria directa de la resolución que había resuelto el recurso de reconsideración, no obstante, esta solicitud tampoco tuvo respuesta favorable, y fue rechazada mediante resolución del 21 de diciembre de 2017, la cual dejo a disposición del Estado la mercancía decomisada. Así que procedió

a contactar al funcionario para que le devolviera el dinero y este prometió hacerle devolución de la suma entregada, sin embargo, nunca lo hizo, ni pudo volver a localizarlo.

Reseña procesal

El 20 de febrero de 2018, ante la presunta realización de conductas vulneradoras de bienes jurídicos protegidos en la legislación penal, la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario interno de la DIAN remitió mediante la queja a la Agencia ITRC debido a su competencia.

El 8 de marzo de 2018 la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de esta Agencia emitió auto de apertura de indagación preliminar, donde se sustentó que:

"(...) a la luz del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, es procedente realizar la apertura de indagación preliminar, con el fin de individualizar el presunto actor de la infracción disciplinaria, teniendo en cuenta que el escrito refiere la participación de un presunto servidor público de la DIAN, aunque se desconoce si en efecto, se encuentra vinculado con la administración tributaria.

En virtud de lo anterior, el Despacho utilizará la fase preliminar, con el objeto de establecer si actualmente el señor **E.M.A** es funcionario de la DIAN (...)"

Se ordenó citar a **J.P** para que ratificara su queja, y de esta manera obtener más información sobre los hechos. De igual manera, por solicitud probatoria contenida en Auto de Apertura de Indagación, se ofreció a la coordinación de historias Laborales de la Subdirección de Gestión Personal de la DIAN, la cual constató, mediante información allegada el 15 de marzo de 2018, que:

"(...) **E.M.A** ingreso a la Unidad Administrativa Especial el 02 de noviembre de 2006, en calidad de supernumerario (...) actualmente se encuentra ubicado en el Grupo Interno de Trabajo de Correspondencia y Notificaciones de la División de Gestión Administrativa y Financiera de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la Unidad Administrativa - DIAN.

Que, para el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2016 a la fecha, en la Unidad Administrativa Especial de la DIAN ha desempeñado los siguientes cargos: Como Provisional en los empleos de Planta Global, del 01 de julio de 2016 a la fecha, en el cargo de Analista II Código 202 Grado 02 y como Empleado Plata Temporal del 01 de enero de 2016 al 30 de junio de 2016, en el cargo de Analista II Código 202 Grado 02 (...)"

Al encontrarse reunidos los requisitos sustanciales, el 6 de julio de 2018 mediante auto se efectuó la citación a audiencia del proceso verbal, en la cual se le formulo pliego de cargos al funcionario, donde se determinó que:

"(...) **Cargo primero:** Resulta que el disciplinado solicito la suma de XXXX a la señora **J.P.V** y a su padre, asegurándoles que podía interceder a su favor dentro del proceso administrativo aduanero en el cual al Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Armenia que aprehendió y decomisó nueve (9) cobijas de su propiedad. Dicha conducta está escrita en el Artículo 404 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), como concusión, así:

"Artículo 404. Concusión. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses".

Cargo Segundo: Se tiene que el señor **E.M.A** asesoró durante el curso de procedimiento aduanero correspondiente a la señora Pineda Vallares y su padre, Indicándoles cómo debían actuar para recuperar su mercancía decomisada y elaborando un recurso de revocatoria directa que realizó el disciplinado, y así, tener la oportunidad de recuperar las cobijas. Conducta descrita en el artículo 421 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), **como asesoramiento y otras actuaciones ilegales**, preceptuado así:

"Artículo 421. Asesoramiento y otras actuaciones ilegales. El servidor público que ilegalmente represente litigue gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Publico la pena será de prisión de uno (1) a tres (3) años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años."

En concordancia con lo anterior, se debe indicar que el actuar desplegado por el disciplinado configura con concurso heterogéneo o conductas punibles. (...).

(...)
Durante la realización de la audiencia inicial se llevó a cabo el 10 de agosto con la presencia del investigado y su defensor de oficio, se escuchó versión libre al disciplinado; adicionalmente, el defensor procedió a hacer una breve intervención y a entregar los alegatos de conclusión por escrito, en los cuales se estableció que no se configuraba el tipo punible de concusión en razón del elemento descriptivo ya que, según este no se presenta un constreñimiento o inducción contra una persona. Bajo la misma línea, estableció que el acervo probatorio no incluyó algún material que determinara que hubo constreñimiento por medios coactivos, sino que, de hecho, hubo consentimiento voluntario sobre la entrega de la suma de dinero. Por último, se hizo mención del principio de favorabilidad contenido en la legislación disciplinaria y en la doctrina constitucional con el propósito de desvirtuar la existencia de la falta gravísima y, en consecuencia, solicitó la variación en *"la calificación jurídica de la conducta a una menos lesiva"*.

Se dictó fallo de primera instancia y se procedió a su lectura en el marco de la audiencia, en el que se consideró que el disciplinado: "(...) prestó asesoría al señor **A.P** y a su hija, con la firme promesa de recuperar las cobijas que les había sido aprendidas por la Dirección Seccional de Armenia". Se calificó la falta como gravísima realizada a título de dolo imponiendo como sanción la DESTITUCION E INHABILIDAD GENERAL por el término de 12 AÑOS. El defensor de oficio, estudiante del consultorio jurídico, interpuso recurso de apelación al finalizar la audiencia de lectura de fallo, dejando escrito contentivo el recurso, el cual se concedió el 28 de agosto de 2018.

El 31 de agosto el abogado presentó poder. El 7 de septiembre de 2018 allegó un documento denominado "alegatos de conclusión", en donde controversió la designación del abogado de oficio

y solicitó excluir del proceso por no tener en cuenta ni valorar las pruebas que fueros introducidas al expediente por el hecho de no haber sido legalmente producidas, ser ilícitas, ilegales y aportadas con violación directa de derechos fundamentales y a los procedimientos consagrados para los protocolos de cadena de custodia. Lo anterior, con la finalidad de absolver a **E.M.A** y archivar el expediente.

El 13 de marzo de 2019, La Dirección General de esta Agencia, actuando como segunda instancia dentro de la presente causa disciplinaria en la oportunidad para proferir fallo, realizó el siguiente análisis, concluyendo la configuración de una nulidad procesal en el trámite de primera instancia, considerando: "(...) si bien es cierto que se cumplió con la designación de un defensor de oficio al disciplinado, no se atendió a la literalidad del artículo 17 de la ley 734 de 2002 y se recurrió a la figura del estudiante de consultorio jurídico, cuando su participación resulta viable solamente en casos de ausencia, que no es el caso del servidor **E.M.A**, quien demandó la designación de un defensor de oficio y por ello debió recaer en un abogado titulado.

Así las cosas, el proceso fue afectado con la irregularidad sustancial basada en la asignación del defensor de oficio, lo cual, en virtud, de los principios de trascendencia, residualidad, taxatividad, y subsidiariedad, imponen que dicha falencia constituya una vulneración corregible solamente a través de la declaratoria de oficio de la nulidad por enmarcar en la causal del numeral 3 del artículo 143 de la Ley 743 de 2002(...)" En la parte resolutive se decidió: "DECRETAR la nulidad de la actuación disciplinaria a partir del procedimiento de designación del defensor de oficio, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión(...)".

El 21 de marzo de 2019 se expidió auto por medio del cual se fijó fecha para la celebración de la nueva audiencia que se llevaría a cabo el 5 de abril de 2019. En esta, no estuvo presente el disciplinado, ya que no deseaba rendir versión libre, por lo que a su turno el abogado expuso una intervención sobre los alegatos de conclusión. Por último, mediante resolución se dictó fallo de primera instancia en el marco de la audiencia de la lectura de fallo, en el cual se declaró a **E.M.A**, responsable de incurrir en la falta disciplinaria prevista en el numeral 1 de artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y como consecuencia se impuso sanción de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL por el termino de DOCE 12 AÑOS. Concluida la lectura del fallo, el apoderado presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, siendo concedido el mismo.

3. CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA – SUSTENTACIÓN DEL RECUSO – CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Es importante recordar que de conformidad con la previsión legal "(...) el recurso de apelación otorgada como pertenencia al funcionario de segunda instancia para revisar, únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación (...)".

(...)

Consideraciones previstas sobre la presunta vulneración de los derechos de defensa y del debido proceso del disciplinado, y sobre la exclusión del material probatorio, por ilegalidad.

El eje central del cuestionamiento plasmado por la defensa giró en torno a la presencia de irregularidades que a su juicio vulneraron el debido proceso probatorio por restricciones al derecho de contradicción e inconsistencias en el recaudo y practica probatoria que, según el mismo análisis, determinaron la ilicitud de los medios que sustentaron el fallo sancionatorio, haciendo procedente la aplicación de la regla de exclusión.

Por consiguientes, enmarcaron la controversia en el contexto disciplinario, se deberá establecer si los medios probatorios fundamento del fallo son inexistentes, a la luz de lo regulado por el artículo 140 de la Ley 734 de 2002, o si, por el contrario, su recaudo observó el respeto de los derechos fundamentales del disciplinado **E.M.A.** norma que establece: “art 140 inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales de investigado, se tendrá como inexistente”.

Argumentó el apoderado del disciplinado que los derechos de defensa y del debido proceso, de los cuales es titular **E.M.A.**, se vieron conculcados por haber dado lugar a la actividad probatoria a partir de la apertura de la indagación preliminar, con la expedición de la resolución del 8 de marzo del 2018, sin haber vinculado formalmente al servidor público, no obstante que había sido debidamente identificado no tuvo oportunidad de intervenir ni de controvertir las pruebas decretadas y efectivamente practicadas en dicha etapa preliminar, vulnerando así el debido proceso.

El despacho, en el auto de indagación, preliminar observó que, una vez recibida la queja, ordenó la apertura de indagación preliminar observó que, al tenor de lo establecido por el artículo 150 de la ley disciplinaria, arguyendo que tal decisión resulta procedente “(...) con el fin de individualizar el presunto actor de la infracción disciplinaria. La anterior, teniendo en cuenta que el escrito refiere la participación de un presunto servidor público de la DIAN, aunque se desconoce si en efecto, se encuentra vinculado con la administración tributaria (...)”. Esta consideración, resulta coherente con lo reseñado en la norma, cuando establecer que “(...) en casos de duda sobre la identificación e individualización del autor de la falta se ordenara indagación preliminar (...)”; propósito que es complementado con el inciso segundo del artículo referido.

(...)

En el caso objeto de esta actuación, observa esta instancia que el instructor tuvo conocimiento que la queja fue dirigida en contra de una persona que al parecer respondía a nombre de **E.M.A.**, quien, presuntamente, ostentaba para el momento de los hechos la condición de servidor público, tal y como se deduce de la noticia disciplinaria recibida. Como se observa, la información obtenida prima facie por el instructor no le permitía saber a ciencia cierta si la persona contra quien se formuló la queja podría ser receptora o sujeto pasivo de la acción disciplinaria, es decir si era o no, servidor público. El esclarecimiento de este aspecto resultaba fundamental, por cuanto de ello dependía establecer la existencia o no de la competencia para proseguir con la actuación disciplinaria. Por tanto, no es, como lo insinúa el abogado defensor, que la sola mención del nombre e identificación del denunciado era suficiente para su inmediata vinculación o la apertura de la investigación disciplinaria.

Así las cosas, es primordial para el operador disciplinario determinar desde el inicio de la actuación, si el denunciado tiene la calidad de sujeto disciplinable, razón por la cual y en gracia a la aplicación del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, se le permite ordenar la apertura de indagación preliminar,

y así fue como en este contexto el instructor decretó la inspección administrativa a la Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN de Bogotá, a fin de verificar su competencia.

Como parte de los objetos de la indagación preliminar la cual se aportó mediante resolución expedida el 8 de marzo de 2018, el instructor de primer grado ordenó mediante auto escuchar en declaración juramentada a la ciudadana **J.P.V**, con el propósito de lograr la ratificación y ampliación de su queja. Esta diligencia se desarrolló en dos sesiones. Desde el comienzo del testimonio, la quejosa anuncio el aporte de algunos documentos electrónicos, para corroborar su dicho, allegando al proceso 5 documentos, de audio. Igualmente se recuperaron y allegaron las imágenes correspondientes a las conversaciones sostenidas ente el disciplinado y la quejosa donde se pudo evidenciar la exigencia dineraria por los servicios de asesoría a cargo del disciplinado.

Con la practica de estas dos pruebas, considero la instancia cumplidos los requisitos de procedibilidad necesarios para citar a audiencia al procesado, razón por la cual se profirió el auto que hace referencia a la presencia de los requisitos sustanciales necesarios para proferir pliego de cargos. Se notificó personalmente, garantizándose así, no solo la publicidad del auto de llamamiento a juicio, sino también de las pruebas que se tuvieron en cuneta para proferir la citación a audiencia, y de las que participarían en desarrollo del juicio oral. De esta manera, se dio cumplimiento al precepto legal del articulo 177 de la Ley 734 de 2002.

Es importante resaltar que las pruebas que fueron decretadas y practicadas, una vez efectuada la vinculación del disciplinado, tuvieron toda la posibilidad de ser conocidas y controvertidas, pues esto fue desde el momento de la indagación preliminar. Tampoco se observó ningún tipo de requerimiento frente a las pruebas documentales aportadas por la quejosa, las cuales estuvieron siempre ligadas a la actuación y a disposición del investigado, bajo los procedimientos legales de cadena de custodia.

Podemos decir entonces, dando respuesta al recurso de apelación, que no existen razones para considerar como inexistentes, las pruebas documentales y testimoniales obrantes hasta el momento en la actuación. Con relación a la incorporación de la prueba, es indudable que la quejosa, pese a no tener la calidad de sujeto procesal, estaba legalmente facultada para aportar las pruebas que tuvieran en su poder, relacionadas con los hechos de su queja, tal como lo enseña el parágrafo del articulo 90 de la Ley 734 de 2002.

(...)

Ahora bien, desde el punto de vista de la admisión y practica de las pruebas, es claro que las mismas se decretaron oportunamente, por el funcionario competente, que como director del proceso tuvo a su cargo proferir el auto de indagación preliminar en averiguación de responsables. Dichas diligencias preliminares, conformaron el material probatorio necesario para vincular y citar al diciplinado a audiencia al proceso, a quien se le notificó personalmente esa decisión, en garantía del principio de publicidad. Dicho principio no se vio afectado en el presente proceso, toda vez que los sujetos procesales (disciplinado y defensor de oficio), cada uno en su momento, fueron notificados personalmente del auto de citación a audiencias, no es valido aceptar, como lo pretende hacer ver la defensa, que estemos ante pruebas ocultas, que no pudieron ser controvertidas por los sujetos procesales.

(...)

En lo atinente a las restantes razones de ilegalidad que pregona el defensor de confianza del disciplinado, el Despacho hará las siguientes precisiones:

En primer lugar, debe responderse al abogado de la defensa, que no existió ningún motivo “previo u oculto”, como lo menciona en su escrito, para la designación del ingeniero **U.E.M.G**, siendo simplemente el ejercicio de las facultades y competencias propias de la U.A.E Agencia ITRC, lo que llevó al operador de instancia a comisionar al citado funcionario, para prestar el apoyo técnico forense requerido, en la recolección de las pruebas decretadas durante la indagación preliminar. Designación amparada en la facultad legal del artículo 133 de la Ley 734 de 2002, la cual en ningún momento constituye vulneración al debido proceso y al haberse efectuado durante el momento en que la actuación se encontraba en averiguación de responsables, no imponía al operador jurídico la obligación de notificar tal decisión.

Al funcionario, quien para el momento de los hechos pertenecía a la Subdirección de Auditoría del Riesgo, para la práctica de pruebas referidas en el auto de apertura de indagación preliminar, se le comunicó debidamente dicha comisión, recalando que lo anterior es un aspecto formal que no afecta la validez.

Con relación a las restantes críticas, en las que se menciona el supuesto incumplimiento de los protocolos de la cadena de custodia, resulta imperioso expresar que el funcionario comisionado desarrolló su misión, determinando en su informe el origen de los documentos de audio extraídos, así: “(...) dispositivo móvil abonado celular XXX, marca Sony XPERIA, serial No. XXX (...)”. Con lo anterior se rechazan de plano las aseveraciones de la defensa, relacionadas con la supuesta intermediación del origen de los documentos de audio, texto e imágenes, extraídos durante la diligencia de ampliación queja. Adicionalmente, debe expresarse que este operador, únicamente está obligada a acatar lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 734 de 2002, modificado por la Ley 1474 de 2011. Igualmente, en armonía y cumplimiento a lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación, en las directivas 6 de 2005 y 010 de 2010.

(...)

El despacho no puede restarle validez a los documentos de audio e imágenes que fueron allegados por la quejosa, pues a pesar de que no ostenta técnicamente su condición de víctima, no puede desconocerse que actuó como quejosa en materia disciplinaria, y que debido a esta calidad está facultada para aportar las pruebas que estuvieron en su poder, como lo afirma el párrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002; sin desconocerse además que dichas pruebas las recaudó, como descendiente del señor **A.P**, propietario de la mercancía incautada, y como hermana de la señora **Y.Y.P**, persona que remitió vía baloto el dinero fruto del requerimiento ilegal del disciplinado.

La manifestación que hace el defensor de confianza, en el sentido de afirmar que la información suministrada por la quejosa no fue sometida inmediatamente a los protocolos de cadena de custodia, no tiene vocación de éxito, pues claramente se explicó en el acta de extracción de información, el procedimiento desplegado por el laboratorio forense, constatándose a partir de ese instante el registro, embalaje, control y rotulado de los documentos presentados por la quejosa.

En segundo lugar, continuando con la crítica a la cadena, el defensor aseveró que no se aplicaron medidas de bioseguridad; que no se realizó registro fotográfico previo, ni posterior; que no se realizó el embalaje en bolsas antiestáticas; y, finalmente, que el celular de donde se extrajo la información no fue sometido a cadena de custodia. El despacho debe rechazar cada una de estas afirmaciones, observando que la finalidad del procedimiento efectuado del día 13 de marzo de 2018 en la Subdirección de Investigaciones de la ITRC, no fue otra que extraer una documentación del medio magnético aportado por la quejosa, garantizado su origen y su inalterabilidad. Para este efecto, respecto de los archivos de audio e imagen, el operador del laboratorio forense realizó una descripción técnica del equipo, procediendo luego a generar unas “huellas digitales”, para garantizar así el contenido de la información extraída. En el mismo sentido, la información aportada de las conversaciones de WhatsApp fue registrada o identificada a través de un “screenshot”.

Una vez finalizado el procedimiento de identificación y extracción de la información se grabaron tales documentos en medio magnético, siendo embalados y rotulados en las correspondientes bolsas antiestáticas. Lo dicho permite a esta instancia rechazar la ilicitud de las pruebas, pregonada por la defensa, toda vez que se cumplió a cabalidad el proceso de cadena de custodia exigido para este tipo de pruebas. Ahora bien, siendo el celular de la quejosa el medio a través del cual se logró la captura de los documentos no considera este Despacho que sobre dicho elemento se decida aplicar el procedimiento de custodia, el cual, como aquí sucedió, solo recayó sobre los documentos electrónicos extraídos y allegados. La prueba es el registro filmico no el medio que lo contiene.

Con relación al Acta de Extracción de Información, el despacho debe rechazar, de manera enfática, la apreciación del togado, al pretender darle el carácter de un dictamen pericial, con la finalidad de darle tramite procesal propio de este medio probatorio. El acta constituye simplemente la constancia que evidencia aporte de unas pruebas de carácter estrictamente documental, presentadas por la quejosa, que contó con el apoyo técnico forense de un funcionario especializado de esta unidad. Dicha labor de extracción de información debe entenderse simplemente como el apoyo técnico, pero no como una prueba pericial. El acta en cuestión no es una prueba, sino el medio a través del cual se anexaron varias pruebas documentales y electrónicas a la presente actuación.

Con estos planteamientos, la pretensión de declarar inexistentes las pruebas del proceso, según lo alegado por el defensor de confianza, no tiene prosperidad, razón consecuente para rechazar su petición de absolución, fundadas en los mismos argumentos de presunta ilegalidad probatoria.
(...)

Los pantallazos aportados por la quejosa representan una validez probatoria, en razón a que el análisis en conjunto de las pruebas, mencionadas lleva la conclusión sobre la responsabilidad del disciplinado. Es decir, que la decisión no solo se basó en la extracción de imágenes y audios, sino por el contrario, el operador disciplinario efectuó una valoración integral de las demás pruebas allegadas legalmente al proceso, análisis del cual concluyó sobre la responsabilidad del disciplinado.

Sobre el recurso de apelación, propiamente dicho.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 734 de 2002, quien interponga recursos deberá expresar por escrito las razones que los sustentan ante el funcionario que profirió la correspondiente decisión. Entonces es la misma ley es la que establece una carga procesal en cabeza

del recurrente, consistente en señalar los motivos, las razones de hecho o de derecho que lo llevan a contradecir la decisión y conducir al superior a enmendar lo resuelto en la providencia apelada, por lo que la sustentación del recurso de apelación constituye un requisito ineludible para acceder a la segunda instancia ya que ella fija el marco de examen y el pronunciamiento sobre la cuestión debatida. La jurisprudencia de la Sala plena de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar la obligación a cargo del impugnante de explicar una inconformidad específica, confrontamiento de manera determinada los argumentos que la desarrollan.

(...)

Significa lo anterior que resulta imperioso, al interponer un recurso, sustentarlo en debida forma, lo que equivale a exponer argumentos facticos y jurídicos que sirven de fundamento a la divergencia recurrente para con la decisión del operador disciplinario de primera instancia, de suerte que de ser acogidos deriven en la revocatoria de la decisión.

En el caso bajo estudio es claro que el recurrente no cumplió la carga procesal de la debida sustentación, habida cuenta que no esgrimió los argumentos de hecho y derecho que contradigan o refuten la decisión del Subdirector de Investigaciones Disciplinarias, presupuesto necesario para que esta instancia no acoja su petición de variar la decisión adoptada por el fallador de primer grado. Del audio de la audiencia de fallo y sustentación del recurso de apelación es evidente que el profesional del derecho limitó su intervención a manifestar su desacuerdo con la valoración probatoria, para lo cual aludió que se remitía a los argumentos plasmados en los alegatos de conclusión, que fueron recibidos posteriormente por la Agencia y en los cuales determinó la posible vulneración de los derechos de contradicción y defensa por la tardía vinculación e imposibilidad de participación en la práctica de las pruebas recaudadas en indagación preliminar.

Para esta instancia, el recurrente no cumplió con la obligación procesal y motivar en debida forma el recurso de apelación una vez efectuada la audiencia de lectura de fallo, como quiera que en dicha intervención de manera somera expuso sus motivos de inconformidad y luego pretendió reforzarlos mediante un documento que allegó con posterioridad. Sí de controvertir las razones del fallador de primer grado se trata, es menester que el sujeto procesal presente antítesis debidamente desarrollada en su intervención, de suerte que el ad quem realmente se enfrente a un escenario de confrontación dialéctica para ponderar si le asiste razón al a quo en su postura o si, por el contrario, la tiene el recurrente y debe variarse la decisión.

(...)

El recurrente no expone razones que permitan confrontar los argumentos del fallador de primer nivel en torno a la certeza sobre la ocurrencia de la falta disciplinaria, el compromiso de la responsabilidad del disciplinado en los hechos materia de investigación y sanción, así como la ilicitud sustancial de la conducta censurada, fuentes de la denominada responsabilidad disciplinaria. Por ello, es que resulta procedente rechazar el contenido del recurso de apelación e impartir confirmación del fallo de primera instancia.

(...)

Compartiendo en su totalidad las manifestaciones del fallador de primer grado, al abordar el elemento subjetivo de la culpabilidad, considera este despacho innegablemente que nos encontramos ante un servidor publico con mas de 9 años de trayectoria y experiencia en la DIAN, donde ha podido desempeñar ,as de un cargo en la planta global de empleos, cuyos requisitos

mínimos de estudio y experiencia son bastantes, teniendo en cuenta la certificación laboral y extracto de la hoja de vida del funcionario disciplinado, remitidos a esta actuación.

Estas características propias del funcionario implicado, acorde con las pruebas documentales que acreditaron su condición de servidor público, permiten a esta instancia colegir que el investigado conocía ampliamente cual era su desempeño funcional, junto con sus deberes, prohibiciones y obligaciones, relacionados con el cargo de analista II, asignado al grupo interno de trabajo de correspondencia y notificaciones, de la división de gestión Administrativa y Financiera de la DIAN de Bogotá.

Por ende, es acertado concluir que el disciplinado contaba con el conocimiento suficiente sobre el procedimiento administrativo aduanero, situación que facilitó la realización objetiva del punible de asesoramiento ilegal, materializado en la elaboración del proyecto de escrito que remitiera a la familia Pineda, el cual fue radicado ante la DIAN en procura de la revocatoria de los actos administrativos que ordenaron el decomiso a favor de la nación de la mercancía.

(...)

Bastan las anteriores consideraciones para rechazar las razones de impugnación presentadas por el defensor de confianza de **E.M.A**, dentro del presente trámite de apelación. En consecuencia, este despacho CONFIRMA en su totalidad el fallo sancionatorio.

4. RESUELVE - 2° INSTANCIA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 29 de abril de 2019, por la Subdirección Técnica de investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial de la Agencia, a través del cual se sancionó con DESTITUCION e INHABILIDAD GENERAL PRO EL TÉRMINO de doce (12) AÑOS, al servidor **E.M.A** quien para el momento de los hechos fungía como analista II en el grupo interno de trabajo de correspondencia y notificaciones de la División de Gestión Administrativa y financiera de la DIAN en Bogotá; al encontrarse probada la responsabilidad por las faltas disciplinarias de los artículos 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002; 404 y 202 del código penal.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los sujetos procesales de conformidad con las previsiones legales.

TERCERO: contra la presente decisión no procede recurso alguno.