

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

PREVARICATO POR ACCIÓN / Concepto de Resolución.

Veamos cuál ha sido la acepción dada al vocablo resolución por nuestra doctrina penal, al estudiar precisamente el artículo 149 del C. P. anterior, recogido actualmente en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000:

“...Resolución, dice GÓMEZ MÉNDEZ en criterio al cual adherimos, es “cualquier determinación de orden jurídico que deba tomar el empleado oficial en ejercicio de sus funciones”. ...Por tal vía entonces, se clarifica que el núcleo central de la resolución a la cual alude el artículo 149 del Código Penal, reside en el hecho de que ella comporta la adopción de una decisión, de una determinación. Eso, precisamente, es lo que nos permite sostener que el vocablo resolución empleado por el artículo en comento, asume un sentido amplio en cuanto a su significado, para abarcar no sólo las resoluciones en sentido estricto, como serían las contentivas a los actos administrativos, ...sino también todas aquellas determinaciones que en el curso de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, pueda llegar a adoptar o tomar el respectivo servidor público a cuyo cargo se encuentra la tramitación pertinente. ...”.Con ello entonces queremos significar que el término resolución utilizado por el artículo 149 del Código Penal no solamente alude a las resoluciones administrativas o a las resoluciones que en la etapa de instrucción del proceso penal, llega a proferir el fiscal a cuyo cargo se encuentra la misma; sino que también incluye todos los autos y sentencias, en una palabra, providencias, que en el curso de cualquier actuación judicial o administrativa llegue a adoptar un servidor público. De allí entonces que la Corte Suprema de Justicia, en auto proferido en sala de Casación Penal, el día 5 de abril de 1984 con ponencia del Dr ALFONSO REYES ECHANDÍA (y salvamento parcial de voto de los Drs DANTE FIORILLO PORRAS y PEDRO ELIAS SERRANO ABADÍA), hubiese conceptuado:”La resolución a que se refiere el artículo 149 del Estatuto Punitivo hoy vigente, no es solamente providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función ...”. (Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Administración Pública, Editorial LEYER, 1.999).

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48, NUMERAL 1 – LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 413 / (Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Administración Pública, Editorial LEYER, 1.999).

CONCURSO DE FALTAS DISCIPLINARIAS / PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Afirmando que el hecho investigado en este proceso es el presunto ingreso irregular de una mercancía de importación, sin el lleno de los requisitos de la legislación aduanera, adujo el apelante que el hecho ha debido adecuarse dentro de la falta gravísima consagrada en el numeral 44 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, evaluándose el hecho como un concurso aparente de faltas disciplinarias, que debió resolverse en aplicación al principio de especialidad, a través del cual el tipo especial prefiere o excluye al tipo básico o general. Con esta tesis y aludiendo un posible error en la calificación jurídica, el recurrente reclama la nulidad del auto de cargos, por violación del derecho a la defensa de la procesada.

Es importante hacer claridad al apelante, que el hecho objeto de investigación en este proceso estuvo direccionado a establecer presuntas irregularidades funcionales de una servidora de la DIAN, que en ejercicio de su cargo fue comisionada para realizar labores de

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

inspección dentro de un procedimiento de importación de mercancía. Lo anterior para concretar que es el desempeño funcional de la implicada el que nos convocó en este proceso, y no las conductas de contrabando o favorecimiento al mismo, que de acuerdo a lo probado en el proceso, son motivo de investigación ante la Fiscalía General de la Nación, como entidad competente. (Investigación Penal Número SPOA 761476000170200800202). Ahora bien, haciendo referencia a la concurso ideal que refiere el petente junto con la presunta aplicabilidad del principio de especialidad, debemos hacer claridad sobre lo que entiende la doctrina penal y disciplinaria como norma especial así: “...Una norma Penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1. Que la conducta que describe esté referida a un tipo básico. b. que entre ellos se establezca una relación de género a especie, y c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*. ...”. (Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Lecciones de Derecho Disciplinario Instituto de Estudios del Ministerio Público). Al intentar aplicar este postulado al caso que nos atañe, debe concluir esta instancia que entre los preceptos consagrados en los numerales 1 y 44 del citado artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no existe la requerida relación de género a especie, o lo que es lo mismo, no estamos frente a un tipo básico y uno especial, como lo exige el concurso ideal, razón suficiente para afirmar que no existe ningún error en la calificación jurídica de la falta que lidera el presente proceso, siendo igualmente este el motivo de rechazo de la petición de nulidad invocada por la defensa.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48

Dependencia:	Dirección General
Número del Proceso:	1704-01-2012-239
Número y fecha del fallo:	0022 del trece (13) de septiembre de dos mil trece (2013)
Asunto:	Fallo de segunda instancia
Criterio de Selección:	Fallo de primera instancia confirmado en segunda instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado (XXX), en su condición de defensor de confianza de la procesada, (XXX), contra el fallo sancionatorio proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias, el 31 de mayo de 2013.

COMPETENCIA

La suscrita Directora General de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, es competente para resolver la presente impugnación, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 4173 de 2011, aclarado por el Decreto 4452 de 2011, en atención a las previsiones

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

contenidas en los numerales 12 y 13 del artículo 3° del Decreto 00985 del 14 de mayo de 2012, y al contenido del artículo 171 de la Ley 734 de 2002.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Los hechos que originaron la presente actuación fueron puestos de presente por el Director Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, quien remitió, con oficio 10201-112 del 22 de diciembre de 2008, ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, algunos documentos relacionados con el acta de inspección realizada el 4 de noviembre de 2008 por la servidora DIAN, (XXX), perteneciente a la Seccional de Buenaventura, quien presuntamente autorizó el ingreso al territorio nacional de ciertos bienes sin el cumplimiento de los requisitos legales, razón por la cual debió ordenarse su posterior aprehensión, en su paso por la Seccional de Manizales. Con este planteamiento, solicitó el funcionario en mención adelantar la actuación pertinente, por infracción al régimen disciplinario, con ocasión a la posible incursión en el delito de favorecimiento al contrabando.

2.- Por los hechos aquí relatados, la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, despacho al que fueron enviadas inicialmente las diligencias, dispuso la apertura de indagación preliminar, mediante auto calendado el 29 de octubre de 2010, en contra de la servidora (XXX). Esta decisión fue notificada personalmente a la implicada el 19 de noviembre de 2010. Ver fls. 69 y 96 del c. o.

3.- Con auto fechado, el 24, el 29 de abril de 2011, el despacho de conocimiento ordenó la apertura formal de investigación en contra de la servidora implicada y decretó la práctica de pruebas documentales y testimoniales. La decisión en cita se notificó personalmente a la procesada el 9 de mayo de 2011. Ver fls. 132y 137 del c. o.

4.- Encontrándose agotado o cumplido el material probatorio, El 2 de noviembre de 2011 la primera instancia dispuso el cierre de la investigación, mediante decisión notificada personalmente a la procesada el 21 de noviembre de 2011. Ver fls. 150 y 155 del c. o.

5.- El 21 de diciembre de 2011, se evaluó el mérito de la investigación, formulando cargos contra la servidora (XXX), identificada con la C.C. N° (XXX), por considerarla presunta responsable de la falta prevista en el artículo 48, numeral 1, de la LEY 734 de 2002, relacionada con la realización objetiva de la descripción típica consagrada en el artículo 413 del Código Penal. La decisión acusatoria se notificó personalmente a la procesada el 16 de enero de 2012. quien, otorgó poder especial al abogado (XXX) para ejercer su defensa en el presente juicio. El profesional designado presentó el correspondiente memorial de descargos el 31 de enero de 2012, reconociéndosele personería para actuar el 12 de febrero siguiente. Ver fls. 157, 169, 171 y 183 del c. o.

6.- Con fecha 14 de febrero de 2012 la Coordinación Nacional de Investigaciones Especiales de la DIAN decretó la práctica de pruebas documentales y testimoniales solicitadas por la defensa en su memorial de descargos. En el mismo auto se decretó la práctica oficiosa de una prueba testimonial, tendiente al perfeccionamiento del juicio. Esta decisión fue comunicada al apoderado de la disciplinada el 5 de marzo de 2012. Ver fls. 186 a 200 del c. o.

7.- Habiéndose practicado las pruebas del juicio y después de escuchar en versión libre a la procesada, la Coordinación de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Control

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Disciplinario Interno de la DIAN remitió el expediente disciplinario a esta UAE, Agencia ITRC por competencia, mediante decisión fechada el 2 de abril de 2012, comunicada al apoderado de la defensa. Ver fls 229 a 239 del c. o.

8.- La Subdirección Técnica de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC avocó el conocimiento del plenario, mediante auto fechado el 26 de diciembre de 2012. Ver fl. 240 del c. o.

9.- El 30 de enero de 2013 la abogada designada para instruir las pruebas del juicio, negó el archivo definitivo de la actuación, solicitado por la defensa. Esta decisión se comunicó a los sujetos procesales el 5 de febrero de 2013. Acto seguido el funcionario de primera instancia corrió traslado común a los sujetos procesales, para alegar de conclusión, mediante auto datado el 4 de abril del año en curso. Esta decisión se notificó por estado del 8 de abril de esta anualidad, a los sujetos procesales. Ver fls 261 y 263 del c. o.

10.- Vencido el término de traslado, el Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC, profirió el fallo de primera instancia, calendado el 31 de mayo de 2013, a través del cual declaró la responsabilidad disciplinaria de la acusada, sancionándola con Destitución e Inhabilidad General de doce (12) años. El fallo de primer grado se notificó personalmente al abogado defensor el 7 de junio de 2013 y el 24 del mismo mes y año a la procesada. La defensa presentó escrito impugnatorio el 13 del mismo mes y año, coadyuvado por su poderdante en la misma data. El recurso de apelación fue concedido el 18 de junio del año en curso, ante esta instancia disciplinaria, recibándose las diligencias el 10 de julio de esta anualidad, para desatar la alzada. Ver fls. 276 a 350 del c. o.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN IMPUGNADA

El operador disciplinario de primera instancia inició sus motivaciones, haciendo referencia a las disposiciones legales que le otorgan competencia para fallar el presente caso. Acto seguido, determinó que la servidora (XXX), identificada con la cédula de ciudadanía N°(XXX), fue vinculada al proceso, en su condición de facilitador III, nivel 103, grado 3, ubicada en el GIT de trabajo de importaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura. A continuación, resumió la situación fáctica y el desarrollo procesal del plenario.

Adentrándose ya en las consideraciones, realizó el a quo un análisis detallado de las pruebas documentales allegadas al proceso, las cuales fueron remitidas con la noticia disciplinaria, por el Director Seccional de impuestos y aduanas de Manizales.

Los hechos objeto de la investigación, para el fallador de instancia, aparecen soportados en los siguientes documentos:

- Declaraciones de importación radicadas bajo los números 23030014582473, 23030014582459 y 23030014582466, todas del 31 de octubre de 2008.
- Actas de inspección N°s: 352008100050699, 352008100050700 y 352008100050701, suscritas por la procesada el 4 de noviembre de 2008, a través de las cuales dispuso el levante de la mercancía detallada en las correspondientes declaraciones de importación.
- Documento de transporte B/L 857202507 del 28 de octubre de 2008, correspondiente a la mercancía que reposaba en el contenedor MSKU 943857-0, asegurada con el precinto J23326, movilizada por el transportador 11.444, según

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

factura comercial IN 006374, expedida el 28 de septiembre de 2008, por la sociedad Import industrial LTDA.

- Manifiesto de carga N° 42503991274 del 5 de noviembre de 2008.
- Acta N°001 de inspección aduanera de fiscalización, realizada por funcionarios de la Policía Fiscal y Aduanera, en el punto denominado "La Manuela", el 6 de noviembre de 2008.
- Acta de aprehensión física N°1000002 realizada entre el 10 y el 26 de noviembre de 2008.
- Informe Ejecutivo de entrega de Acta de aprehensión y Documentos soportes, del 26 de Noviembre de 2008, suscrito por funcionarios del GIT de Investigaciones Aduaneras de la DIAN Manizales.
- Copias del expediente aduanero DM 200820080186.
- Resolución 10-0002 del 9 de enero de 2009, a través de la cual el Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Investigaciones Aduaneras y Control Cambiario de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida mediante Acta N° 10-00001 del 10 de noviembre de 2008.
- Resolución 110236-2009-166, fechada el 9 de marzo de 2009, a través de la cual la jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, confirmó la resolución de decomiso descrita en el acápite anterior.

Al referenciar y evaluar las pruebas testimoniales, el fallador de primer grado desatendió las declaraciones juramentadas rendidas por las deponentes Maribel Ruiz Henao, Amparo Alicia Ferrucho Ramírez y Rafaela Cuesta Hinstroza, pues según afirmaron, en sus mismos relatos, no estuvieron presentes en el lugar de los hechos, al realizarse las actas de inspección, por parte de la procesada. En el mismo sentido se realizó la valoración del testimonio ofrecido por Maribel Ruiz Henao. Por el contrario, el despacho a quo valoró positivamente las declaraciones allegadas al proceso por los funcionarios Diego Fernando Chica y Jhon Jairo Granada Cardona, quienes participaron en el operativo realizado en el sitio "la manuela" y relataron detalladamente cómo se realizó la inspección al contenedor retenido y posteriormente conducido a la bodegas de Almagrario, para proceder a ordenar la aprehensión de la mercancía y su consecuente decomiso. Según estos declarantes, los hechos demostraron la realización de un contrabando abierto, siendo la causal de la aprehensión de las mercancías, su no amparado legal, esto es que los documentos presentados no correspondían con los bienes retenidos. También fue considerado y aceptado el testimonio del ciudadano José Albeiro García Granada, conductor del tracto camión, en que fue transportado el contenedor con la mercancía retenida. Según este testimonio, no se pudo tener acceso al contenido del contenedor, pues éste fue sellado desde su salida del puerto de Buenaventura y permaneció así hasta el instante mismo en que la policía de carreteras lo retuvo poniéndolo a disposición de los funcionarios de fiscalización y de la POLFA.

En un acápite subsiguiente, emitió el a quo un pronunciamiento sobre los argumentos defensivos esgrimidos a lo largo del proceso, por los sujetos procesales, de una parte la procesada en su versión, y, por otra, el defensor en el memorial de descargos y en las alegaciones finales o de conclusión.

En una primera idea exculpativa, la procesada, afirmó no recordar los hechos objeto de investigación, razón por la cual adujo que se remitía al testimonio de la servidora Amparo Ferrucho, quien bajo la gravedad de juramento expresó que el procedimiento de inspección reprochado se había desarrollado con total normalidad. Este planteamiento fue desvirtuado por el fallador de instancia, reiterando que el pretendido testimonio no podía ser valorado,

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

pues se comprobó que la declarante no hizo presencia en el lugar de los hechos, el día 4 de noviembre de 2008.

Un segundo argumento de la disciplinada, pretende asegurar que el presunto procedimiento irregular aplicado a la mercancía transportada en el contenedor, ocurrió tiempo después de haber tenido ella intervención, en su condición de inspectora, toda vez que transcurrieron más de 28 horas desde el momento del levante hasta la retención del automotor, tiempo suficiente para que se hubieran aplicado sobre las mercancías, según su dicho y conocimiento, "...técnicas de manipulación de contenedores y apertura de los mismos, sin dañar los sellos por parte de terceros inescrupulosos...". Adicionalmente la encartada aseveró que existe una inconsistencia frente al sello de origen de la mercancía, que en su concepto fue el MLPA0018418, registrado en el documento de transporte, y no el J23326, tal como se adujo en la resolución de decomiso, al asegurar que la inspección probablemente nunca se efectuó, visto que el precinto original jamás fue retirado. Estos razonamientos planteados por la servidora acusada en su defensa material, no fueron aceptados por el funcionario a quo, al expresar, de manera enfática, que las pruebas documentales y testimoniales allegadas, demuestran que el sello del contenedor fue el J23326, el cual no fue alterado, ni presentaba signos de irregularidad alguna, en el momento en que fue encontrado por los funcionarios del operativo realizado en el sitio "la manuela". Agregó el operador que la anterior realidad coincide con la declaración del transportador, quien de manera clara y lógica describió el recorrido realizado en un día, entre buenaventura y Manizales, lo cual permite descartar la posibilidad de un supuesto intercambio de mercancía, tal como lo adujo la encartada.

Continuando con el análisis de los argumentos planteados en descargos y alegaciones finales por la defensa técnica, el fallador de primer grado plasmó la siguiente argumentación:

En un primer punto, intentó el procurador de la enjuiciada mantener el principio de presunción de inocencia en favor de su cliente, denotando la posible falta de experiencia y de conocimiento en el desempeño de sus funciones, toda vez que para el día de los hechos – 4 de noviembre de 2008 – fue incorporada a la planta de personal de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, asignándosele inmediatamente la carga laboral de inspeccionar las declaraciones de importación, que motivaron el adelantamiento de este proceso. Con fundamento en la historia laboral de la procesada y en las condiciones personales y de formación, expuestas en diligencia de versión, resaltó el fallador a quo que dicha servidora ingresó a la DIAN desde el año 1998, ocupando diferentes cargos en la División Jurídica de su seccional y en dependencias financieras, de planeación, de informática y fiscalización de la entidad. Agregó que dicha funcionaria fue ubicada en la seccional de Buenaventura desde el año 2006. En cuanto a sus condiciones personales y de formación, aseveró que la implicada es una administradora de empresas, especializada en negocios internacionales y logística internacional, con experiencia acreditada en la división de servicio de comercio exterior. Adicionalmente, demostró el operador que la disciplinada conoció plenamente las labores o tareas específicas para las cuales fue comisionada, mediante auto 0255, situación que se confirma además con las propias actas de inspección reprochadas, donde incluyó la normatividad que debía aplicar en la realización de tales procedimientos. Con estos argumentos fue despachada desfavorablemente la posición del abogado defensor, al concluir que la procesada contaba con la experiencia y formación requerida para el desempeño de su función.

Señaló el abogado defensor que la inspección física del 10% de la mercancía fue presenciada por el funcionario de la agencia de aduanas y por el apertor del contenedor, entre otros funcionarios. Al respecto, el fallador de instancia respondió que conforme a la prueba documental allegada (actas de inspección) y teniendo en cuenta los testimonios

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

recaudados, esta afirmación del togado no tiene el más mínimo respaldo probatorio, razón por la cual debe ser desestimada.

En consonancia con uno de los planteamientos de la procesada, el abogado defensor alegó una presunta interpretación errónea, al considerar que el sello original del contenedor era el J23326, presumiéndose así que nunca fue abierto, ni siquiera al momento de efectuarse la inspección física de la mercancía. Sobre este argumento en particular el despacho de primer grado mantuvo su posición aseverando que, si bien es cierto no se encuentra establecido el sello del importador, no existe ninguna duda para afirmar que el sello de salida del contenedor fue el N°J23326, tal como lo acredita el documento expedido por la sociedad portuaria regional de Buenaventura, N°0816377, constatándose además, con los medios probatorios aportados, que dicha seguridad no fue vulnerada o violentada de ninguna manera.

El apoderado defensor expresó que el comportamiento de su poderdante se encuentra justificado, toda vez que con su actuar se ciñó a la normatividad aduanera, concretamente al manual SYGA, al inspeccionar únicamente el 10% de la mercancía, resultándole imposible corroborar el restante 90 % de los bienes, por situaciones precisas de tiempo, espacio y carga laboral, que dificultaron su gestión. Para el funcionario a quo esta alegación no puede ser aceptada, si se tiene en cuenta las características y cantidades tan disímiles que fueron reportadas en el acta de aprehensión, en contraposición a lo consignado en las actas de inspección.

En un alegato subsiguiente, el defensor hizo una crítica contundente con relación al juicio de adecuación típica realizado en este proceso. Afirmó entonces que la tipificación resultó errada, si se tiene en cuenta que el tipo de prevaricato por acción requiere de un concepto o dictamen para su configuración, sin que puedan predicarse tales calidades, frente al hecho de inspeccionar una mercancía y darle posterior levante, que fue lo que su prohijada realizó. Con base en la descripción típica precisa contenida en el artículo 143 del C. P., resolvió el a quo el alegato defensivo, contestando que no solo el dictamen o el concepto, manifiestamente contrarios a la Ley, pueden constituir dicho delito. Ya que también una resolución, entendida esta como cualquier decisión de un servidor público, en ejercicio de su función, puede dar cabida a la estructuración del punible.

Finalmente el operador disciplinario de instancia rechazó dos argumentos presentados por la defensa, al afirmar, por una parte, que su defendida no ha sido encontrada responsable por los punibles de contrabando y favorecimiento al contrabando, dentro de la acción penal adelantada por los mismos hechos. De otra parte, expresó el defensor que este proceso debe correr la misma suerte de dos expedientes radicados ante la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la DIAN, por hechos que en su concepto resultan idénticos y que concluyeron con la terminación del procedimiento y archivo definitivo. En una idea inicial el a quo recordó al apoderado defensor la independencia y autonomía que existe entre la acción penal y la acción disciplinaria, cuyas finalidades son distintas. Seguidamente, se le hizo ver al apoderado que cada proceso maneja situaciones concretas y medios probatorios particulares, que torna en improcedente su pretensión, ante circunstancias fácticas diferentes.

Con base en este análisis, aseveró que el requisito de certeza en la existencia de la falta y en la demostración de responsabilidad de la disciplinada, se cumplió dentro del caso sometido a estudio. Complementando su argumentación, afirmó el fallador de instancia que los elementos descriptivos del tipo penal de prevaricato por acción, se evidenciaron en el proceder de la investigada, quien, a través de las actas de inspección Nos 352008100050699, 352008100050700 y 352008100050701, ordenó el levante de las

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

declaraciones de importación Nos 23030014582459, 23030014582466 y 23030014582473, decisión que resultó manifiestamente ilegal, pues a la postre la mercancía en cuestión debió ser aprehendida por las autoridades aduaneras, por haberse ignorado las previsiones contempladas en el artículo 502, numeral 1.6., del decreto 2685 de 1.999, modificado por el artículo 6 del decreto 161 de 2002, el cual contempla como causal de aprehensión que la mercancía no corresponda con lo declarado.

Con un amplio referente jurisprudencial sobre el punible de prevaricato por acción y sus elementos estructurantes, como soporte y estudio de su decisión, consideró el a quo que la decisión de levante, materializada a través de unas actas de inspección o verificación física, debe entenderse como una resolución o acto administrativo, proferido por la servidora pública implicada, en ejercicio de sus funciones, modificando una situación jurídica concreta, de manera ilegal, pues el referido levante no era procedente y contrario sensu debió ser aprehendida la mercancía, como efectivamente sucedió días después.

De los conceptos de ilicitud sustancial y moralidad pública, consideró el a quo que la conducta de la procesada fue trascendente y afectó la función pública, por desconocimiento de los postulados de honradez, transparencia, rectitud, eficacia y legalidad, que debía observar, como servidora pública.

Frente al análisis de culpabilidad, el fallador de instancia reiteró o ratificó los planteamientos realizados en el pliego de cargos, al considerar que las condiciones personales de la procesada permiten denotar el conocimiento que tenía de la ilicitud del hecho, pese a lo cual su voluntad estuvo orientada a la realización de la conducta objeto de reproche (dolosamente).

Considerando cumplidos los requisitos de legalidad, ilicitud sustancial, culpabilidad y responsabilidad, frente a la estructuración de la falta, el fallador disciplinario de primer grado efectuó el juicio de dosificación de la sanción, aplicando en favor de la procesada su carencia de antecedentes disciplinarios; el hecho de no haber desempeñado un cargo jerárquico; no atribuir responsabilidad infundada a un tercero; no haber afectado derechos fundamentales con su comportamiento. Valoró negativamente el daño social causado, reflejado en la afectación del servicio público esencial que presta la DIAN; igualmente se consideró como agravante el conocimiento de la ilicitud, por parte de la procesada. Por lo anterior, concluyó que la sanción a imponer a la procesada no era otra que la Destitución e Inhabilidad General para ejercer funciones públicas por el término de doce años.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Dentro de la oportunidad procesal pertinente, esto es, dentro de los tres días siguientes a la última notificación (Art. 111 del C. D. U), el defensor de confianza designado por la procesada presentó y sustentó su recurso de apelación con los siguientes planteamientos:

- 1.- En un primer numeral de su escrito impugnatorio, el defensor realizó un resumen del acontecer fáctico y de las razones que llevaron al fallador de instancia a proferir sanción en contra de su poderdante, sin incluir ningún razonamiento que dejara entrever su discrepancia o inconformidad con la decisión apelada.
- 2.- Es en el numeral 2 del recurso, donde el recurrente empieza a desarrollar un argumento de impugnación, el cual tituló de la siguiente manera: "...NO HAY ADECUACIÓN OBJETIVA AL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN. ...".

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Con relación a este tópico, inició el apelante describiendo en qué consiste la actividad de inspección aduanera, dentro del trámite o procedimiento de importación de mercancías. Al respecto, señaló que la inspección aduanera se concreta en realizar un cotejo físico de la mercancía, contra ciertos documentos, como las declaraciones de importación, para verificar coincidencia entre lo denunciado y lo inspeccionado. Agregó que si existe tal coincidencia, lo procedente es la autorización de entrega o levante, en el caso de que se encuentre cumplidos los requisitos para la correcta nacionalización de la mercancía. Continuó explicando que en el evento contrario, sobreviene la aprehensión para la definición de la situación jurídica de la mercancía. Continuó el autor del recurso, argumentando que en su concepto, la referida operación de inspección física *“...no implica que el funcionario inspector ejecute una actuación encaminada a proferir resolución de ninguna índole, porque la inspección se encamina a establecer el cumplimiento o no de los requisitos de la modalidad de importación correspondiente, que si los cumple dan paso a la autorización de entrega o levante, en la declaración de importación, justificando el procedimiento en el soporte legal respectivo aplicable, sin que tal actuación sea equiparable a “proferir resolución”, pues se trata tan solo de una autorización para retirar la mercancía, sujeta permanentemente en el control posterior a la comprobación de los requisitos que ameritaron su otorgamiento. ...”*. (cursiva fuera de texto).

Continuando con su argumentación, resaltó el apelante que su defendida autorizó el levante de las mercancías en el caso concreto, después de realizar la inspección física del 10 % de la mercancía seleccionada, acorde con las previsiones consagradas en el numeral 3, artículo 128 del Decreto 222685 de 1.999, modificado por el artículo 13 del Decreto 1232 del 20 de junio de 2001, artículo 12 del mismo decreto, Memorando 0268 del 3 de mayo de 2007, en armonía con el Manual de procedimientos del sistema SYGA Importaciones 1. Inspección Aduanera a. numeral 1.9.

Señaló el abogado defensor que pese a que la declarante Amparo A. Ferrucho R. no suscribió las actas de inspección respectivas, levantadas por su cliente, la descalificación de dicho testimonio le resulta apresurada, pues fue este intermediario aduanero o agente de aduana quien debió ubicar el contenedor aludido en el área de inspección de la DIAN en el terminal marítimo.

Insistió el recurrente en uno de sus argumentos de descargos, al aseverar que no “...existe certeza si el precinto J23326 fue colocado después de finalizada la inspección física aduanera o hubo otro u otros previamente, aún cuando es el reportado al retiro del contenedor del terminal marítimo. ...”. Con esta afirmación aseguró el apelante que no es posible descartar la manipulación de la unidad de carga, duda razonable que en su concepto debe ser resuelta en favor de la procesada. De conformidad con la previsión legal consagrada en el inciso segundo del artículo 9º. De la Ley 734 de 2002.

En forma conclusiva expresó el defensor: “...la actuación de levante cuando se corrobora el cumplimiento de los requisitos de importación no se concreta o manifiesta en una resolución, dictamen o concepto, ingredientes normativos del prevaricato, sino en una simple autorización para que el importador retire la mercancía, de donde se colige – apartándonos de la evaluación que hace el operador disciplinario- que frente a un levante dado en contrariedad a la normativa aduanera, no se incurre en prevaricato por acción y por ende no cabe predicar la configuración del tipo disciplinario previsto en el numeral primero del artículo 48 de la ley 734 de 2002, como en contra de la ley aduanera, penal y disciplinaria se le endilgó a la señora (XXX) en el pliego de cargos y, después, se le sancionó en la resolución materia de este recurso de apelación. ...”.

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Nuevamente, la defensa hace alusión a otro de los argumentos conclusivos relacionado con el hecho de afirmar que casos de posibles levantes o autorizaciones de entrega adelantados ante la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN no han sido evaluados como falta disciplinaria, de conformidad con el artículo 48 numeral primero, de la LEY 734 de 2002, relacionada con la descripción objetiva del delito de prevaricato por acción. Como sustento de este planteamiento en la alzada, presentó el recurrente una copia del auto de terminación y archivo No. 1017-264, fechado el 14 de septiembre de 2009, por el operador disciplinario en mención.

3.- En este numeral de la alzada, el autor del recurso incluyó una petición de nulidad la cual tituló de la siguiente manera: "...NULIDAD POR IMPUTAR CARGO CON BASE EN UNA CONDUCTA Y SANCIONAR CON BASE EN OTRA CONDUCTA DIFERENTE. ...".

Según el apelante existe total falta de congruencia entre el fallo de instancia y el auto acusatorio, toda vez que en este último el cargo se edificó al considerar que con el levante se profirió un dictamen contrario a la ley, mientras que en la sentencia se sancionó a su defendida por proferir una resolución contraria a la ley. Resalta el recurrente que dictamen y resolución son actos de diversa naturaleza, con lo cual la incongruencia aludida se torna en una irregularidad sustancial que afecta el derecho a un debido proceso de su cliente.

4.- En este numeral, finalizando su escrito de impugnación, el apelante realizó una segunda petición de nulidad, con el siguiente tenor literal: "...NULIDAD POR SANCIONAR CON BASE EN UN TIPO DISCIPLINARIO GENERAL CUANDO PARA LAS ACTUACIONES ADUANERAS HAY UN TIPO DISCIPLINARIO ESPECIAL. TAXATIVIDAD DE LA INFRACCIÓN DISCIPLINARIA. ...".

Con base en estos argumentos el apelante resume o agrupa sus peticiones de la siguiente manera: En una solicitud principal, pretende la revocatoria del auto apelado "...por cuanto (XXX) no incurrió en la conducta prevista en el numeral primero del artículo 48 de la Ley 734 de 2.002. Subsidiariamente solicita el defensor técnico declarar la nulidad a partir del pliego de cargos, por "...violación del derecho de defensa y existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, por cuanto el auto de cargo endilga una conducta y el fallo de primera instancia sanciona por otra, y la sanción se impuso con base en un tipo disciplinario general cuando la presunta infracción investigada está prevista en un tipo disciplinario especial. ...".

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de dar inicio a estas consideraciones, es importante recordar al impugnante que de conformidad con la previsión legal consagrada en el párrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, "...El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación. ...".

Con esta concreción y teniendo igualmente claro que el argumento central del sujeto procesal interviniente en esta impugnación, está orientado en demostrar que su defendida no incurrió en la falta objeto de sanción, el despacho emitirá inicialmente un pronunciamiento sobre este aspecto, para luego hacer mención a las peticiones de nulidad invocadas por el recurrente ante esta segunda instancia.

Sobre la Presunta Atipicidad de la conducta objeto de acusación y posterior sanción:

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Para una mayor claridad sobre los hechos objeto de debate jurídico en el trámite de esta alzada, recordemos cuál fue la conducta objeto de cargo y cuál fue, simultáneamente su calificación jurídica:

Se llamó a responder disciplinariamente a la procesada en un cargo “único, resumido de la siguiente manera: *“...A usted, señora (XXX), en su condición de servidora pública de la DIAN, se le atribuye la comisión de la falta disciplinaria, ya que en la mencionada calidad, cumpliendo funciones en el GIT de importaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, autorizó el levante, mediante actas de inspección Nos. 352008100050699, 352008100050701 y 352008100050700 del 4 de noviembre de 2008, de la mercancía embalada en el contenedor MSKU43857-0, del declarante Aduanas OVIC S en C SIA., e importada por IMPORT-INDUSTRIAL LTDA, a pesar de que la mercancía no estaba relacionada en las declaraciones de importación Nos. 23030014582473, 23030014583459 y 23030014582466, que tuvo a la vista y con las cuales pretendía amparar dicha mercancía, a sabiendas de que dicho trámite no se ajustaba a derecho, por lo que los actos administrativos que profirió fueron presuntamente contrarios a la Ley. ...”*. (Cursiva fuera de texto).

Para el autor del auto acusatorio, la conducta anteriormente transcrita se encuentra tipificada en el artículo 48, numeral primero de la Ley 734 de 2002, definida como la realización objetiva de 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. Complementando el tipo penal en blanco, agregó el fallador de instancia que la conducta objeto de reproche a (XXX) se encuentra consagrada en la legislación penal vigente, en el artículo 413, definido como prevaricato por acción, el cual fue transcrito literalmente.

Motivando y explicando la anterior calificación jurídica, efectivamente se expresó por el operador disciplinario de primer grado lo siguiente: *“...(XXX) habría adecuado su conducta a la descripción típica del tipo penal citado, en tanto que en su calidad de servidora pública de la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, teniendo a cargo el deber de controlar el ingreso de mercancías al territorio nacional, presuntamente profirió un dictamen contrario a la Ley al momento de realizar la inspección de la mercancía embalada en el contenedor MSKU943857-0, circunstancia que se ve reflejada en que el mismo día la policía de carreteras retuviera el vehículo que transportaba el contenedor y determinara que la mercancía transportada no coincidía con la descrita en las declaraciones de importación presentadas y con las cuales se pretendió amparar su legal permanencia en el territorio nacional. ...En otras palabras la autorización de levante que adoptó la implicada fue presuntamente contraria a la Ley, en tanto no se ajustó a las previsiones de la misma ni a los preceptos que regulan el proceso de importación de mercancías al territorio nacional, contenidas en el Estatuto Aduanero. ...La investigada presuntamente realizó la descripción del delito de prevaricato por acción toda vez que de acuerdo como se determinó en el presente proceso la forma como se dieron los hechos, al realizar la inspección física de la mercancía y determinar que la misma no estaba amparada en las declaraciones de importación presentadas, debió realizar una aprehensión y no autorizar el levante, como en efecto lo hizo, desacatando de esta manera lo dispuesto en las normas que”* (Se enuncian y transcriben las normas presuntamente violadas: Decreto 2685 de 1.999, artículo 502, Decreto 1161 de 2002, artículo 6). *....La norma antes descrita aparece vulnerada por la actuación de la funcionaria (XXX), toda vez que en las diligencias objeto de examen se ha logrado demostrar que la mercancía que fue ingresada al territorio nacional por el puerto de Buenaventura el 4 de noviembre de 2008, no estaba relacionada en las declaraciones de importación Nos. 23030014582473, 23030014583459 y 23030014582466 y sin embargo la funcionaria precitada autorizó el levante, como consta en las actas de inspección Nos. 35200810050699, 35200810050701 y 35200810005070 de la misma fecha. ...”*. (cursiva fuera de texto).

Frente a la acusación transcrita, veamos cuál fue la posición del a quo, al momento de fundamentar la calificación jurídica de la falta, en la elaboración del fallo de primera instancia:

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

“...Así las cosas la norma transcrita es una especie de tipo en blanco cuyo complemento se encuentra en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. De este modo, es preciso realizar un ejercicio de adecuación típica penal, con el objeto de que por remisión dicha infracción a la luz de lo dispuesto por el artículo 48 numeral primero del Código Disciplinario Único, corresponda a un tipo disciplinario. ...Por su parte y confirmando lo dispuesto en la decisión de cargos proferida mediante Auto No. 1018-37 del 21 de diciembre de 2011, la conducta desplegada por la funcionaria (XXX), en cumplimiento de funciones dentro del Grupo Interno de Trabajo de Importaciones en la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura, se adecua a la descripción típica del estatuto penal consagrada en el artículo 413 que reza: “Prevaricato por acción. El servidor Público que profiera resolución dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Ley, incurrirá en prisión....”...Resulta claro que los tres primeros elementos del tipo objetivo se encuentran acreditados dentro del subjudice, ya que al ser un tipo de resultado, este se concretó en el momento exacto en el cual la disciplinada emitió el acto administrativo de levante a las declaraciones de importación 23030014582459, 23030014582466 y 230014582473, en virtud del cual se dio salida a una mercancía ilegal, orden que a la postre era manifiestamente contraria a la Ley. Es importante mencionar que la disciplinada emitió dicho conato dentro del desempeño de sus funciones en el Grupo Interno de Trabajo de importaciones y debidamente comisionada para ello mediante Acto No. 0255 del 5 de noviembre de 2008, con lo cual y dada su posición funcional se facilitó la expedición de dicha autorización irregular. . De manera instantánea la funcionaria vulneró el bien jurídico tutelado cual es la legalidad que deben revestir las actuaciones de la administración pública, así como la probidad de los servidores públicos y el correcto desarrollo de la actividad estatal. ...En este caso, el ingrediente normativo distintivo de la adecuación típica es el vocablo “Resolución”, el cual puede entenderse como un acto administrativo que tuvo la facultad de modificar una situación jurídica en concreto, la cual, en el caso sub exámine, es manifiestamente ilegal, por cuanto el levantamiento, entendido como el acto por el cual la autoridad aduanera permite a los interesados la disposición de las mercancías previo cumplimiento de los requisitos legales o la constitución de garantía, según corresponda, en el caso no procedía, pues la mercancía de origen ilegal debió ser aprehendida en el momento y que como se estableció en la decisión de cargos, se ignoraron las previsiones del Decreto 2685 de 1999 en su artículo 502 numeral 1.6 (modificado por el artículo 6 del Decreto 1161 de 2002, que contempla como causal de aprehensión, que la mercancía no corresponda con lo declarado, de otra parte, es claro que su atribución funcional y la ocasión del cargo desempeñado , tuvo un nexo inescindible con la materialización de la infracción.En este punto es clave anotar que el verbo rector “Proferir” fue conjugado por la funcionaria toda vez que mediante las actas de inspección 352008100050699, 352008100050700 y 352008100050701, acreditó haber efectuado el proceso, dar fe y probidad de la legalidad de la mercancía y posteriormente, suscribir como única responsable del procedimiento las mentadas actas, dando lugar al posterior levante; adicionalmente, valga la pena anotar que la calidad de sujeto activo cualificado está debidamente acreditada en el sub judice, en razón al extracto de hoja de vida de la funcionaria. ...”.

Esta extensa transcripción del pliego de cargos y de la sanción de instancia se hacen necesarias toda vez que los argumentos principales del recurrente están orientados, en primer lugar, a desvirtuar la existencia del objeto material del delito de prevaricato, construido, para el operador de primer grado, en la decisión de levante o autorización, realizada por la servidora implicada, como agente del estado, a través de las respectivas actas de inspección que evidenciaron la ejecución de un procedimiento. En segundo término, recordemos que el apelante pretende crear controversia con relación a una presunta variación del hecho fáctico y su calificación jurídica, por haberse expresado en un primer momento, posiblemente, en forma anti técnica, que la procesada había emitido un dictamen contrario a la ley, para posteriormente confirmar la acusación, con el argumento de que la procesada profirió una resolución o autorización de levante.

Para zanjar o resolver la posible controversia que nos presenta la defensa y en aras de complementar el trabajo de adecuación de los elementos descriptivos del tipo penal de

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

prevaricato, veamos cuál ha sido la posición de la doctrina y la jurisprudencia, frente al objeto material del punible aludido:

Sin lugar a dudas el objeto material del prevaricato por acción se encuentra constituido en el acto proferido por el servidor público, sobre el cual se hace patente la conducta ejecutiva desplegada por el actor. Es igualmente cierto que el acto proferido por el funcionario debe observar la forma de una resolución, un dictamen o un concepto, según lo señala expresamente el artículo 413 de nuestro actual Código Penal.

Pese a que el apelante plantea, en forma por demás contradictoria, que la labor de su defendida, como funcionaria encargada de la inspección física, no implicaba ejecución de una actuación encaminada a proferir resolución de ninguna índole, es el propio recurrente quien, al explicar la atarea de inspección física, alude que dicha labor concluye con una de las siguientes decisiones: De una parte la autorización de entrega o levante de la mercancía, al existir coincidencia entre la verificación o cotejo de la mercancía y las declaraciones de importación. En sentido contrario, la orden de aprehensión, cuando se evidencie incumplimiento a los requisitos legales.

Veamos cuál ha sido la acepción dada al vocablo resolución por nuestra doctrina penal, al estudiar precisamente el artículo 149 del C. P. anterior, recogido actualmente en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000:

“...Resolución, dice GÓMEZ MÉNDEZ en criterio al cual adherimos, es “cualquier determinación de orden jurídico que deba tomar el empleado oficial en ejercicio de sus funciones”. ...Por tal vía entonces, se clarifica que el núcleo central de la resolución a la cual alude el artículo 149 del Código Penal, reside en el hecho de que ella comporta la adopción de una decisión, de una determinación. Eso, precisamente, es lo que nos permite sostener que el vocablo resolución empleado por el artículo en comento, asume un sentido amplio en cuanto a su significado, para abarcar no sólo las resoluciones en sentido estricto, como serían las contentivas a los actos administrativos, ...sino también todas aquellas determinaciones que en el curso de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, pueda llegar a adoptar o tomar el respectivo servidor público a cuyo cargo se encuentra la tramitación pertinente. ...”. Con ello entonces queremos significar que el término resolución utilizado por el artículo 149 del Código Penal no solamente alude a las resoluciones administrativas o a las resoluciones que en la etapa de instrucción del proceso penal, llega a proferir el fiscal a cuyo cargo se encuentra la misma; sino que también incluye todos los autos y sentencias, en una palabra, providencias, que en el curso de cualquier actuación judicial o administrativa llegue a adoptar un servidor público. De allí entonces que la Corte Suprema de Justicia, en auto proferido en sala de Casación Penal, el día 5 de abril de 1984 con ponencia del Dr ALFONSO REYES ECHANDÍA (y salvamento parcial de voto de los Drs DANTE FIORILLO PORRAS y PEDRO ELIAS SERRANO ABADÍA), hubiese conceptuado:”La resolución a que se refiere el artículo 149 del Estatuto Punitivo hoy vigente, no es solamente providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función ...”. (Molina Arrubla Carlos Mario, Delitos contra la Administración Pública, Editorial LEYER, 1.999).

Nótese que desde tiempo atrás, en el mismo sentido se pronunció el tratadista Luis Carlos Pérez al afirmar en su obra: *“...Las fórmulas dispositivas de los empleados de la rama jurisdiccional se denominan genéricamente resoluciones, según los arts. 124 del estatuto de procedimiento civil y 1169 y 174 del procedimiento penal. Los artículos 302 y 303 del primeramente citado hablan de providencias para designar comúnmente los autos y las sentencias, pero las resoluciones son también autos y sentencias, según el artículo 124. Lo cual significa que la Ley permite denominar los actos de la jurisdicción indistintamente como providencias o resoluciones. ...Todo cuanto dispongan los representantes del poder en las demás ramas, se llaman resoluciones. Debe aclararse que se trata de medidas adoptadas en casos particulares, porque el art. 149 no se refiere para nada a aquellas reguladoras de situaciones generales, como los decretos en sus*

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

distintas modalidades, y , claro es, las leyes. Es, además la acepción dada en el art. 3º. Del código de régimen Político y Municipal.En otros términos, las resoluciones incluyen toda suerte de providencias administrativas,". (Pérez Luis Carlos, Derecho Penal, Editorial Temis, 1.990).

Con esta claridad conceptual y en contraposición con la manifestación del apelante, huelga concluir que desde el momento mismo de la acusación y hasta el fallo de primera instancia, que hoy se revisa en sede de apelación, el hecho concreto que motivó el reproche y la sanción disciplinaria fue la resolución, decisión o autorización que la procesada, profirió o emitió, al permitir el ingreso de una mercancía al territorio nacional, en forma manifiestamente ilegal, pues como aparece probado en el proceso, lo que realmente procedía era su orden de aprehensión, tal como fue declarado posteriormente, en un control de la administración.

Tenemos entonces un sujeto activo calificado, que se concreta en la servidora pública, (XXX), quien desempeñando funciones como facilitador III, nivel 103, grado 3, ubicada en el GIT de trabajo de importaciones de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura y al haber sido comisionada para realizar labores de inspección sobre las declaraciones de importación Nos. 23030014582473, 23030014583459 y 23030014582466, resolvió autorizar el levante de las mercancías declaradas, de manera ilegal, a través de las actas de inspección Nos. 352008100050699, 352008100050700 y 352008100050701, suscritas por la procesada el 4 de noviembre de 2008. Estas actas constituyen el acto administrativo a través del cual se plasma la decisión o resolución de levante proferida por la procesada, cumpliéndose así el objeto material del delito de prevaricato, que complementa la falta objeto de sanción.

Bastan estas breves consideraciones para rechazar el argumento de atipicidad presentado por el impugnante. Es importante agregar que la adecuación del tipo disciplinario contenido en el artículo 48, numeral 1 de la LEY 734 de 2002, simplemente exige la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la Ley como delito, situación que se cumple en el presente caso, al evidenciarse la presencia de los elementos objetivos que estructuran el delito de prevaricato por acción, en el proceder de la procesada.

Sobre las peticiones de nulidad del apelante:

Recapitulando, son dos las peticiones de nulidad invocadas por el impugnante como peticiones subsidiarias a su planteamiento central de apelación, ya desvirtuado en las consideraciones precedentes:

Como primera media argumenta una posible violación al principio de congruencia que debe existir entre el pliego de cargos y el fallo, aduciendo que su defendida fue acusada por emitir un dictamen ilegal, siendo condenada luego por proferir una resolución manifiestamente contraria a la ley. Situaciones que considera de naturaleza diferente.

Acudiendo nuevamente a los razonamientos precedentes, en los cuales se explicó con suficiencia, avalando la decisión apelada, de qué forma se configuró la falta disciplinaria objeto de sanción, y cómo se entendieron cumplidos los elementos estructurantes, objetivos del delito de prevaricato, resulta imperioso para esta instancia afirmar que la pretendida incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción de primera instancia, alegada por el impugnante, no existió. Veamos por qué: Comparando el hecho fáctico determinado en las dos piezas procesales, es indudable que el motivo de reproche en ambos casos fue el mismo, el acto de levante, a través del cual se autorizó el ingreso de una mercancía, en forma ilegal al territorio nacional, por no coincidir los bienes inspeccionados con las respectivas declaraciones de importación. Frente a este hecho histórico concreto, que no presenta ninguna ambigüedad alguna, la calificación jurídica fue igualmente uniforme, al

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

adecuar el comportamiento a la falta prevista en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 734 de 2002. Complementada con la realización objetiva del punible de prevaricato por acción.

Si bien es cierto pudo existir una mención poco técnica, en el pliego de cargos, al referirse al acto de levante como un “concepto”, es claro que en las restantes consideraciones de la acusación se hace precisión en el sentido de acotar que fue la autorización de levante, consignada en unas actas de inspección, la decisión que generó el actuar irregular de la procesada. A renglón seguido, el ente acusador determinó aún más la conducta por la que llamó a responder a la procesada, afirmando: “...En otras palabras la autorización de levante que adoptó la implicada fue presuntamente contraria a la Ley, en tanto no se ajustó a las previsiones de la misma ni a los preceptos que regulan el proceso de importación de mercancías al territorio nacional, contenidas en el Estatuto Aduanero. ...”.

Esta posición del a quo, como funcionario acusador, fue mantenida y corroborada en el momento del fallo, explicando el alcance o comprensión general del tipo penal que complementó la falta de la siguiente manera: “...este se concretó en el momento exacto en el cual la disciplinada emitió el acto administrativo de levante a las declaraciones de importación... en virtud del cual se dio salida a una mercancía ilegal, orden que a la postre era manifiestamente contraria a la Ley. Es importante mencionar que la disciplinada emitió dicho acto dentro del desempeño de sus funciones en el Grupo Interno de Trabajo de importaciones y debidamente comisionada para ello mediante Acto No. 0255 del 5 de noviembre de 2008.... En este caso, el ingrediente normativo distintivo de la adecuación típica es el vocablo “Resolución”, el cual puede entenderse como un acto administrativo que tuvo la facultad de modificar una situación jurídica en concreto, la cual, en el caso sub exámine, es manifiestamente ilegal, por cuanto el levantamiento, entendido como el acto por el cual la autoridad aduanera permite a los interesados la disposición de las mercancías previo cumplimiento de los requisitos legales o la constitución de garantía, según corresponda, en el caso no procedía, pues la mercancía de origen ilegal debió ser aprehendidaEn este punto es clave anotar que el verbo rector “Proferir” fue conjugado por la funcionaria toda vez que mediante las actas de inspección 352008100050699, 352008100050700 y 352008100050701, acreditó haber efectuado el proceso, dar fe y probidad de la legalidad de la mercancía y posteriormente, suscribir como única responsable del procedimiento las mentadas actas, dando lugar al posterior levante ...”.

Las consideraciones anteriormente transcritas del fallador de instancia, en lugar de comportar una variación de la acusación, son entendidas por este despacho como una concreción, en el sentido de explicar que el objeto material del punible recayó en la resolución, entendido este vocablo como la decisión de levante plasmada en la forma y circunstancias tantas veces aludidas. Este planteamiento, unido a las líneas doctrinales, en las que se enseña precedentemente, el sentido y alcance genérico que debe dársele al término resolución, al momento de realizar un juicio de adecuación típica, frente al punible de prevaricato, desvirtúan por completo la pretendida irregularidad que pregona el defensor, la cual, reiteramos, no solo es inexistente, sino que resulta insustancial frente al desarrollo del proceso, pues la disciplinada ha tenido siempre la posibilidad de ejercer su defensa material y técnica frente a un hecho histórico - jurídico único y concreto.

Ahora bien, en una segunda solicitud, el abogado defensor reclamó la nulidad de la actuación “...por sancionar con base en un tipo disciplinario general, cuando para las actuaciones aduaneras hay un tipo disciplinario especial, taxatividad de la infracción disciplinaria. ...”.

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Como fundamento de su solicitud, inició el memorialista realizando un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial de los principios de reserva legal, estricta legalidad penal, seguridad jurídica o taxatividad, aplicables en el derecho sancionador.

Al respecto, el despacho ad quem debe expresar al sujeto procesal apelante, continuando con la argumentación hasta el momento presentada, que la calificación jurídica del hecho objeto de investigación, realizada por el funcionario a quo, no transgrede de ninguna manera los principios de estricta legalidad penal, seguridad jurídica o taxatividad, los cuales, siendo de origen netamente penal, como acertadamente expresa el recurrente, tienen aplicación en el derecho disciplinario. Es precisamente en desarrollo de estos postulados donde empiezan a presentarse diferencias bien marcadas entre el derecho penal y el derecho disciplinario, que limitan la aplicación absoluta de los citados principios.

Y ha sido la Corte Constitucional, en reiterados pronunciamientos, la corporación que ha reconocido como característica principal del Derecho Disciplinario, diferencial del derecho penal, la técnica utilizada en la construcción de sus tipos de ilicitud. Se habla entonces del sistema de números apertus, el cual tiene su justificación en la multiplicidad de temas y conductas que pueden llegar a constituir un estatuto de faltas disciplinarias, aplicables al conjunto de servidores públicos. Por esta razón, a diferencia del derecho penal, en donde se acude con mayor rigor a los tipos cerrados, los cuales encierran dentro de su misma construcción todos los elementos del injusto, en el derecho disciplinario se aplican normas de remisión para complementar las conductas ofrecidas abstracta y abiertamente por el legislador, como antiéticas, sin que con ello se afecte la estricta legalidad o taxatividad de las faltas. Contrario sensu, existe en el operador disciplinario un amplio margen o facultad al momento de realizar su juicio de adecuación de las conductas sometidas a su consideración. Estas ideas pueden ser ampliadas en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-155 de 2002, C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras.

Aplicando estas razones, podemos decir que ante la multiplicidad de conductas que pueden resultar atentatorias del bien jurídico tutelado de la administración pública, nuestro catálogo de faltas disciplinarias, incluyó el artículo 48, numeral 1, a través del cual se pretende sancionar todos aquellos hechos delictuales y de posible corrupción administrativa, que en cada caso concreto puedan llegar a configurar, simultáneamente falta disciplinaria. El operador disciplinario de primer grado, al evaluar el comportamiento de la servidora procesada y advertir la presencia de los elementos estructurantes concretos del delito de prevaricato por acción, calificó acertadamente la falta acorde a las previsiones del numeral 1 aquí referido, pues resulta palmario que los elementos descriptivos del prevaricato no aparecen inmersos dentro de la descripción disciplinaria del numeral 44, contenido en el mismo articulado.

En una segunda idea o planteamiento reiteró el defensor su posición, en el sentido de aseverar que en el caso sometido a estudio no se estructura el delito de prevaricato por acción, con lo cual, según su dicho, queda sin piso el cargo único instaurado contra su defendida y, consecuentemente, la sanción objeto de apelación.

Con relación a esta afirmación del recurrente no queda otro camino que acudir a las precedentes consideraciones, donde este despacho estableció claramente la configuración de los elementos objetivos del delito de prevaricato, dentro de la conformación de la falta objeto de sanción.

Afirmando que el hecho investigado en este proceso es el presunto ingreso irregular de una mercancía de importación, sin el lleno de los requisitos de la legislación aduanera, adujo el

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

apelante que el hecho ha debido adecuarse dentro de la falta gravísima consagrada en el numeral 44 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, evaluándose el hecho como un concurso aparente de faltas disciplinarias, que debió resolverse en aplicación al principio de especialidad, a través del cual el tipo especial prefiere o excluye al tipo básico o general. Con esta tesis y aludiendo un posible error en la calificación jurídica, el recurrente reclama la nulidad del auto de cargos, por violación del derecho a la defensa de la procesada.

Es importante hacer claridad al apelante, que el hecho objeto de investigación en este proceso estuvo direccionado a establecer presuntas irregularidades funcionales de una servidora de la DIAN, que en ejercicio de su cargo fue comisionada para realizar labores de inspección dentro de un procedimiento de importación de mercancía. Lo anterior para concretar que es el desempeño funcional de la implicada el que nos convocó en este proceso, y no las conductas de contrabando o favorecimiento al mismo, que de acuerdo a lo probado en el proceso, son motivo de investigación ante la Fiscalía General de la Nación, como entidad competente. (Investigación Penal Número SPOA 761476000170200800202). Ahora bien, haciendo referencia a la concurso ideal que refiere el petente junto con la presunta aplicabilidad del principio de especialidad, debemos hacer claridad sobre lo que entiende la doctrina penal y disciplinaria como norma especial así: "...Una norma Penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1. Que la conducta que describe esté referida a un tipo básico. b. que entre ellos se establezca una relación de género a especie, y c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*. ...". (Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Lecciones de Derecho Disciplinario Instituto de Estudios del Ministerio Público). Al intentar aplicar este postulado al caso que nos atañe, debe concluir esta instancia que entre los preceptos consagrados en los numerales 1 y 44 del citado artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no existe la requerida relación de género a especie, o lo que es lo mismo, no estamos frente a un tipo básico y uno especial, como lo exige el concurso ideal, razón suficiente para afirmar que no existe ningún error en la calificación jurídica de la falta que lidera el presente proceso, siendo igualmente este el motivo de rechazo de la petición de nulidad invocada por la defensa.

Adicionalmente a los argumentos de rechazo de las peticiones de nulidad, hasta el momento expuestos, debe resaltar esta instancia la improcedencia de las nulidades planteadas. El proceso disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002, obedece a un sistema mixto, que se caracteriza por la provisionalidad de la adecuación típica realizada en el pliego de cargos. Frente a esta afirmación, resulta imposible hablar de una violación a las formas propias del juicio, cuando el pliego de cargos fue proferido con observancia estricta de las ritualidades procesales. Tampoco se evidencia violación al derecho de defensa, cuando en este proceso, tanto a la disciplinada como a su defensor, se les otorgaron garantías para controvertir la imputación, solicitando pruebas en la etapa del juicio, participando de su práctica. Es claro que estas garantías nunca fueron conculcadas en esta actuación procesal, motivo por el cual, consecuentemente no puede ser afectado el proceso, con la declaratoria de invalidez, al no configurarse ninguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

Con estas consideraciones, no queda otra posibilidad legal para esta instancia disciplinaria que despachar desfavorablemente las pretensiones de apelación de la sanción de primer grado y nulidad de la actuación, presentadas por el abogado defensor, las cuales fueron coadyuvadas con idénticos argumentos por la procesada.

Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Por todo lo anterior, el fallo de primera instancia será objeto de confirmación total, según se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

En tal virtud, la Directora General de la UAE Agencia del Inspector general de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR las razones de impugnación y nulidad invocadas por el abogado defensor (XXX), coadyuvadas por su representada, la procesada (XXX), de conformidad con los razonamientos expuestos en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior determinación, **CONFIRMAR en su TOTALIDAD**, el fallo sancionatorio proferido el 31 de mayo de 2013, por el Subdirector Técnico de Investigaciones Disciplinarias de la UAE Agencia ITRC.

TERCERO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con las previsiones legales contenidas en los artículos 101 y 107 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO. A través de la Secretaría Técnica de esta UAE, **LIBRENSE** citaciones a la disciplinada, a la dependencia donde actualmente labora en la DIAN o a la última dirección registrada en su hoja de vida, o dentro del proceso disciplinario. Al defensor de confianza se le citará a la última dirección procesal registrada dentro del expediente. En los oficios respectivos, se les informará a los sujetos procesales, que una vez vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, su no comparecencia, dará lugar a la fijación de un edicto, por el término de tres (3) días, para notificar esta decisión de segundo grado.

QUINTO. La presente decisión queda en firme el día de su suscripción, pero sus efectos jurídicos se surten a partir de la notificación, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002.

SEXTO. Una vez surtida la notificación del presente fallo, **REGISTRAR** La sanción disciplinaria ante la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, según lo ordena el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 48, numeral 57 de la misma norma. Igualmente **REMITIR** copia de la presente decisión al Director General de la DIAN para que proceda, en su calidad de nominador, a ejecutar la sanción impuesta, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º y PARÁGRAFO del artículo 172 del C. D. U.

SÉPTIMO. Ejecutoriada materialmente esta decisión y libradas las comunicaciones de ley, **DEVUÉLVASE** la actuación al despacho de origen, para dar cumplimiento al mismo y **ARCHIVAR** físicamente el expediente.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARMEN MARITZA GONZALEZ MANRIQUE



Continuación de la decisión de segunda instancia por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 1704-01-2012-239.

Directora General

Proyectó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Revisó: Demetrio Augusto Parra Jiménez
Aprobó: Carmen Maritza González M. – Directora General.