

TRANSFORMACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA EN COLOMBIA
GLOBALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN

CARLOS ENRIQUE OSORNO HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

TRANSFORMACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADUANERA EN COLOMBIA
GLOBALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN

CARLOS ENRIQUE OSORNO HERNÁNDEZ

Trabajo de Grado para Optar el Título de abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente Jurado: _____

Jurado: _____

Jurado: _____

Fecha: _____

DEDICATORIA

Inmensa gratitud a mi familia por su acompañamiento permanente en estos años de ausencias momentáneas. A ellos dedico los triunfos que la vida depara.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Autónoma Latinoamericana por los conocimientos aportados en mi proceso de formación y por ser un faro que guía a centenares de profesionales del país.

CONTENIDO

RESUMEN.....	9
Palabras clave.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO	12
Objetivos	12
Objetivo General.....	12
Objetivos Específicos	12
Pregunta de investigación	12
Matriz de categorías	13
Justificación	13
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	14
Economía y globalización de los mercados	17
Comercio internacional	22
CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN ADUANERA Y POLÍTICAS DE REGULACIÓN	26
La Legislación Aduanera: ámbito y caracterización.....	26
Disposiciones generales y ámbito de aplicación.....	29

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.....	31
Aprehensión y decomiso de mercancías	33
Política colombiana en materia aduanera.....	39
Evolución normativa del contrabando en Colombia.....	41
Regulación actual.....	43
CAPÍTULO IV. RESULTADOS	47
Interpretación	47
Análisis y discusión	53
CONCLUSIÓN	58
BIBLIOGRAFÍA	63
ANEXO	66

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Categorías de análisis	13
Tabla 2. Medidas no arancelarias	16

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Dificultades en legalización de importaciones.	47
Gráfico 2. Opinión de importadores sobre responsabilidad de funcionarios en demoras de legalización de mercancías.	48
Gráfico 3. Opinión sobre la necesidad de cambiar la normatividad.	49
Gráfico 4. Opinión sobre vacíos interpretativos de la normatividad en materia de aduanas.	50
Gráfico 5. Opinión de los importadores sobre su conocimiento de la normatividad.	51
Gráfico 6. Opinión sobre aplicabilidad de la norma por parte de funcionarios. .	51

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar los efectos de globalización de mercados en la transformación de la legislación aduanera en Colombia respecto de las políticas de ingreso de mercancías al país. La justificación de lo anterior, se halla en que la nueva realidad comercial del país permea otros ámbitos de la vida del hombre; para ello, se realizó una investigación documental, además de la consulta a expertos en el tema del comercio exterior; en ese sentido, la investigación presenta un corte cualitativo y descriptivo. La legislación aduanera en el marco de la globalización se constituye en el eje central de análisis, y a lo largo de la exploración jurídica se abordan tópicos como controles aduaneros, evasión de impuestos, y contrabando. Como resultado, se pretende probar que Colombia es un país con una legislación en progreso frente a grandes retos internacionales, que ponen en condición de vulnerabilidad a los productores nacionales con gran detrimento para las pequeñas y medianas empresas.

Palabras clave

Contrabando, economías globales, legislación aduanera, mercados.

INTRODUCCIÓN

Los procesos de globalización de los mercados han traído fuertes cambios, tensiones y necesidades para las economías de los países, muy especialmente para aquellos que tras décadas de encierro y aislamiento deciden insertarse en procesos de apertura de sus economías, lo que de paso demanda nuevas disposiciones, cambios en su normatividad, capacitación de funcionarios para afrontar nuevas dinámicas y transformación en la cultura de los importadores y exportadores para que sus proyectos empresariales puedan adaptarse a las nuevas realidades (López, 2010).

Mención especial merecen prácticas como la del contrabando, que o bien puede aumentar en algunos países dadas las facilidades para el ingreso de nuevas mercancías o bien pueden reducirse debido a la flexibilidad que empiezan a experimentar las economías locales al insertarse en dinámicas económicas globales.

En el presente trabajo se busca realizar un análisis de los efectos de globalización de mercados en la transformación de la legislación aduanera en Colombia con respecto de las políticas de ingreso de mercancías al país. Se trata de una revisión a los mecanismo de control y de freno a actividades comerciales de carácter ilegal; situaciones todas que ponen de manifiesto las nuevas exigencias de unas economías cada vez más interdependientes, donde las normas locales están sujetas cada vez más a los requerimientos internacionales y donde de alguna manera las políticas públicas en materia de importaciones, exportaciones y persecución de delitos como el contrabando, deben renovarse.

Colombia no es ajena a la globalización, las importaciones han venido en aumento en forma vertiginosa en las últimas décadas, donde el Estado para ejercer control lo realiza por medio de medidas arancelarias y medidas no arancelarias, buscando equilibrio en la balanza comercial del país, protección de la producción

nacional o incrementar el intercambio con un grupo de países (García, 2008); propósitos todos que en momentos determinados pueden resultar contradictorios.

Es en este orden de ideas como se plantea la pregunta problematizadora que orienta el presente trabajo de grado: ¿Cómo analizar los efectos de globalización de mercados en la transformación de la legislación aduanera en Colombia respecto de las políticas de ingreso de mercancías al país? Se considera que este es un tema importante en el cual se aborda la normatividad y cuestiona la misma, por cuanto, las normas expedidas para la importación de mercancías dificultan la legalización de productos en Colombia. Si bien es el exceso de normas, la deficiente capacitación de los funcionarios encargados de tales labores o si existen vacíos en el código aduanero, problemas interpretativos o desconocimiento por parte de los importadores y de los funcionarios de las aduanas para su aplicación; igualmente si es la conveniencia que busca el importador utilizando incorrectamente la clasificación de los productos a importar y así evadir impuestos o tributos aduaneros, o es el Estado a través de la DIAN, la encargada de vigilar y controlar esta actividad económica, que no está siendo competente para cumplir su misión.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO

En este capítulo se presenta la formulación general que dio origen a la investigación. De esta forma el diseño de la pregunta de investigación, los objetivos, la matriz de categorías centrales, constituyen en elementos estructurales de la elaboración. Se pretende formular el alcance de trabajo de investigación y su finalidad para la determinación del enfoque y su relación con el derecho aduanero que constituye el objeto central del análisis.

Objetivos

Objetivo General

Analizar los efectos en la transformación de la legislación aduanera en Colombia respecto de las políticas de ingreso de mercancías al país.

Objetivos Específicos

- Caracterizar las prácticas de legislación aduanera colombiana a partir de las políticas de importación y exportación de mercancías.
- Describir las dinámicas de comercio desde la gestión de aduanas, en el proceso de legitimación de mercancías.
- Determinar las dinámicas del contrabando que afectan la economía colombiana dentro de las políticas de estímulo y amortización nacional.

Pregunta de investigación

¿Cómo analizar los efectos de globalización de mercados en la transformación de la legislación aduanera en Colombia respecto de las políticas de ingreso de mercancías al país?

Matriz de categorías

Para el abordaje de los temas a lo largo del estudio, se ha decidido determinar las categorías y subcategorías en que se percibe el efecto de la globalización de mercados, en el campo de la legislación aduanera con afectación al sistema en Colombia.

Tabla 1. Categorías de análisis

MATRIZ DE CATEGORÍAS		
Categoría central	Subcategorías	Alcance
Efectos de globalización de mercados	Legislación aduanera en Colombia	Revisión de normatividad.
	Ingreso de mercancías	Estudio de dinámicas comerciales

Justificación

El presente trabajo se asume desde el enfoque de investigación cualitativa y desde una perspectiva descriptivo-analítica. Para ello se hizo uso de la hermenéutica jurídica, herramienta fundamental para quienes se desempeñan en el campo del Derecho. El trabajo se desarrolla a partir de revisión de fuentes bibliográficas como son las investigaciones, las revistas especializadas y algunos textos que ayudan a percibir el fenómeno en estudio; igualmente de un acercamiento a la legislación colombiana en materia tributaria y aduanera, se acudió al análisis legal, jurídico y jurisprudencial que sobre el problema se ha producido, muy especialmente en la última década, además de un trabajo de campo, consistente en la realización de entrevista a un grupo de diez funcionarios de empresas dedicadas a la importación.

En materia de instrumentos y técnicas de recolección de información se diseñó y aplicó una encuesta a 10 personas vinculadas con el ámbito de importación y exportación y se realizaron 10 entrevistas con igual número de empresarios en la ciudad de Medellín, para la obtención de datos de tradición primaria.

En el abordaje de la información secundaria, se diseñó una ficha bibliográfica, cuyos datos obtenidos se utilizaron en el desarrollo del estado del arte y el análisis jurisprudencial.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

El desarrollo de este análisis se fundamenta en dos teorías clásicas del derecho: el análisis en enfoque *de lege lata* (Courtis & Atienza Rodríguez, 2006), en consideración a que el estudio no pretende hacer una norma ni afectar el sistema actual del derecho aduanero y su engranaje con las dinámicas de globalización sino interpretar el estado de cosas existentes en procura de proponer alternativas plausibles.

La investigación destinada a ofrecer soluciones de lege lata, tiene como punto de partida la identificación de un problema de interpretación de una o varias normas del ordenamiento jurídico vigente. Identificación del problema interpretativo, este tipo de investigación se dirige a esclarecer la naturaleza de ese problema, discutir alternativas interpretativas y ofrecer la que –a juicio de quien realiza el trabajo de investigación– constituye la mejor solución posible... este tipo de investigación reúne componentes descriptivos y prescriptivos (Courtis & Atienza Rodríguez, 2006, pág. 122).

En una segunda esfera teórica, la investigación se fundamenta dentro del análisis hermenéutico para una interpretación jurídica de los efectos de la globalización. En tal orden de ideas se trata de una argumentación documentada, que en una perspectiva de Francesco Carnelutti, se estima que las leyes cuando regulan las relaciones de un Estado y de este con otros, dejan de plano un fondo ético con interés reivindicativo frente a toda acción de detrimento individual o colectivo: “las leyes éticas a las cuales debe obedecer el derecho muestran el peligro entre el dato y el resultado” (Carnelutti, 2011, pág. 9). En materia de globalización y derecho aduanero, un fondo ético tiene que operar para que los niveles de especulación no deterioren las economías de los países más débiles, entre estos, el caso de Colombia.

Desde inicios de la década de los años 50 Colombia direccionó su economía bajo un sistema de restricciones al comercio y a las transacciones en moneda extranjera; todo lo cual se hacía dentro de la política de *Sustitución de Importaciones*. Luego de 1957 las licencias de importación se constituyeron en el principal instrumento de la política comercial, iniciándose con restricciones cuantitativas para liberar muy especialmente las importación de insumos para las nacientes industrias (Bejarano, 2011).

Otra forma de control de las importaciones fue el arancel, este sistema buscaba proteger al sector industrial, por ello para 1967 se crea el Estado Aduanero y Control Cambiario, y la Ley 444 de 1967 denominada Plan de Promoción de Importación y Exportación -Plan Vallejo-, a través de los cuales se permitió la importación de materia prima, insumos, partes, repuestos y bienes de capital con exención total o parcial de tributos aduaneros, con destino a ser transformado en Colombia y posteriormente exportado (Camargo, 2013).

En el periodo de 1968-1990 las restricciones en general se mantuvieron; para 1991 se introducen reformas estructurales a la economía, política conocida tradicionalmente como la *Apertura Económica*, que según el gobierno de entonces, se proponía reducir o eliminar restricciones en sectores claves de la economía, para buscarle un puesto en la economía mundial a los productos colombianos (Robledo, 2015).

Es de esta manera como se elimina casi en su totalidad la licencia previa y la reducción de aranceles, se crearon otras formas de facilitar esta apertura como la definición de estándares, se utilizaron mecanismos de protección como las salvaguardias y el anti-dumping (controla la competencia desleal), que aunque existían desde 1983, solo fueron implementadas hasta ese momento; igualmente se expidieron decretos, reglamentaciones y resoluciones en las normas técnicas y medidas sanitarias. Se dieron las reformas al comercio exterior y se implementaron otros controles que buscaban reemplazar el mecanismo de las licencias de importación; controles que serían conocidos como las Barreras No Arancelarias, BNA (Bejarano, 2011).

Las dificultades en las importaciones no son un tema nuevo, varios trabajos se han realizado al respecto; uno de los más completos fue la investigación realizada por la Universidad el Rosario en 2014 denominado *Colombia: perspectivas empresariales. Serie del ITC sobre medidas no arancelarias*. Realizado por el Centro de Pensamiento en Estrategias Competitivas (CEPEC) orientación técnica y metodológica del Centro de Comercio Internacional (ITC por sus siglas en inglés); el propósito de esta investigación fue conocer cuáles eran las regulaciones no arancelarias que afectan la ejecución de las operaciones de comercio exterior, ya sea por la dificultad que enfrentan para cumplir con las normas o por los obstáculos de procedimiento asociados a las mismas. Esta investigación destacó que las medidas no arancelarias detectadas que presentan problemas para los importadores son:

Tabla 2. Medidas No Arancelarias

Inspecciones previas	51%
Evaluaciones de conformidad	20%
Requisitos técnicos	17%
Reglas de origen y certificado de origen asociado	5%
Impuestos, gravámenes y otras medidas para arancelarias	3%
Medidas de control de cantidad	2%
Medidas de control de precios	1%
Medidas financieras	1%

Fuente: (DINERO, 2015).

Además resalta que los empresarios indican que los problemas están asociados en un 87% a los procedimientos entre los cuales se destacan los retrasos causados por las inspecciones, el comportamiento arbitrario de los funcionarios al aplicar las regulaciones, las limitaciones en materia de instalaciones para adelantar las inspecciones y la arbitrariedad en la clasificación y valoración de los productos reportados.

Otras investigaciones como la de Yuri Robledo de la Universidad de Antioquia (2015) destacan problemas recientes relacionados con la apertura económica y las importaciones, obstáculos como la demora en la tipificación y legalización de las mercancías que entran al país; tropiezos como los que se presentan frecuentemente con el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, que presenta inconvenientes relacionados con plazos muy cortos para el cumplimiento de los requisitos de importación.

Sobre este mismo tema la directora ejecutiva del ITC (Centro de Comercio Internacional), Arancha González en la entrevista realizada por la revista Dinero (2015), puntualiza que algunas de las mayores dificultades para hacer más ágil el comercio exterior es la tramitología, considerando que las medidas no arancelarias están dentro de las normas, pero los controles suelen ser completamente burocráticos y excesivos, lo que convierte las medidas no arancelarias en barreras. En palabras de González: “Los aranceles eran el obstáculo al comercio en el siglo XX, las medidas no arancelarias son el gran problema del siglo XXI” (DINERO, 2015, p. 1).

Economía y globalización de los mercados

Las economías latinoamericanas venían en procesos relativamente acelerados de desarrollo durante las décadas del cincuenta y del sesenta respecto al que tenían las economías de los países centrales. Para finales de la década de los setenta y principios de los ochenta ya se estaban experimentando notables periodos de recesión, es decir, serios procesos de estancamiento en el crecimiento económico e industrial y de crisis en la producción, lo que las ponía en desventajas respecto a los países denominados para entonces desarrollados.

Otro aspecto importante a tener en cuenta al abordar un análisis sobre la economía latinoamericana es el de la deuda externa. Es sabido que los países latinoamericanos tienen una deuda externa alta con los bancos y a las agencias internacionales. A partir de 1982 cuando se empezó a experimentar la crisis de la deuda, el gobierno de los Estados Unidos condicionó todas las negociaciones sobre la deuda

externa imponiendo a los países deudores políticas anti-estatistas y normas puntuales en materia de apertura de fronteras (Saenz, 2002).

Es de esta manera como, a partir de la crisis del modelo keynesiano (donde el Estado era el orientador de la economía) y de las presiones de los países ricos, que se pasa del modelo de desarrollo al modelo neoliberal globalizado, cuyo indicador por excelencia es el crecimiento del Producto Interno Bruto, PIB, y no las condiciones de vida de las personas; generalizándose desde entonces que todas las prácticas comerciales deberían aspirar a ser globales (Robledo, 2015).

El protagonista central en este modelo de crecimiento no es el Estado, sino el mercado; de allí que se aceleren los procesos de mundialización de las economías, sustentadas de manera especial en la celebración de Tratados de Libre Comercio, TLC (De Sousa Santos, 2006). Estos modelos de apertura de mercados se están llevando a cabo desde dinámicas universales de la economía, pues hoy se dice que la economía gira el rededor de los “buenos negocios”, y que los negocios son mejores si se hacen sin fronteras, es por ello que se invita a los países a mantener abiertas sus fronteras para el ingreso de mercancías y capitales extranjeros.

Así planteadas las cosas, es posible afirmar que la globalización es un proceso de mundialización de la economía, donde los mercados aspiran a no tener fronteras, lo que torna las relaciones jurídicas y comerciales más impersonales y distantes, al caracterizarse por una gran complejidad en las cadenas de producción y distribución, otrora simples y hoy conformadas por múltiples fabricantes, proveedores y consumidores que muchas veces no tienen relación directa y cuyas sedes de operación pueden estar muy distantes, puesto que la tecnología ha permitido la manufactura de bienes y la prestación de servicios prácticamente desde cualquier parte del mundo.

Lo anterior indica que los instrumentos jurídicos tradicionales de que se valían los países en el desarrollo de su comercio internacional (normas para la importación y exportación, sanciones a la violación de códigos comerciales, persecución a la ilegalidad, etc.) no son aptos para servir de cauce al nuevo tráfico comercial en masa. A

lo anterior se agregan las economías de escala, las nuevas tecnologías que han influido especialmente en el ámbito de las comunicaciones, el maquinismo y las nuevas técnicas de producción en serie que han conseguido una producción muy desarrollada con la consiguiente avalancha de bienes y servicios ofrecidos en los mercados (Castells, 2006).

Desde los años 90 la Organización Mundial del Comercio, OMC, en una de sus cumbres estableció la necesidad del libre comercio, pero allí no se estipuló todo lo que sería el comercio contemporáneo, por lo cual se hicieron necesarios los denominados Tratados de Libre Comercio, TLC. La idea del libre comercio, para el caso colombiano se inició desde principios de los años 90.

La globalización es un fenómeno económico, tecnológico, político y cultural, es un proceso dinámico y articulado de integración entre muchos Estados; en lo económico se caracteriza por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial, donde aparecen las multinacionales, la libre circulación de capitales y la sociedad de consumo.

Para el investigador Gerardo Ravassa de la Universidad Santo Tomás, “La globalización es una realidad, un hecho dado, un factor moderno que influye en todos los aspectos de la vida y del que no se puede prescindir” (2004, pág. 17); señala igualmente que en la globalización existen diferentes aspectos: la globalización informativa, globalización ecológica, globalización cultural, globalización topográfica, globalización política, globalización económica y globalización jurídica.

La economía mundial debe adaptarse al fenómeno de globalización e integración para participar en el modelo de libre comercio y favorecer el desarrollo de cada país. Con este modelo de globalización los países han tenido que actualizar y ajustar la normatividad y al mismo tiempo reestructurar los entes encargados del control del comercio exterior.

Debido a este fenómeno de globalización los países se han visto obligados a implementar estrategias para extender sus relaciones internacionales; entendiéndose como el acercamiento entre los Estados para promover intercambios equitativos entre distintas naciones y/o bloques económicos. Desde el punto de vista económico las relaciones internacionales han perfeccionado las negociaciones por medio de acuerdos comerciales entendiéndolos como un pacto o negociación entre dos o más países cuyo objetivo principal es establecer reglas comunes para normar las relaciones comerciales entre ellos (Ospina & Ospina, 2002).

Son instrumentos bilaterales o multilaterales de política exterior que los países utilizan para consolidar y ampliar el acceso de sus productos e incrementar los intercambios, así como establecer mecanismos de cooperación entre las partes contratantes. De acuerdo con prestigiosos investigadores científicos los acuerdos comerciales internacionales son tratados por los que un país se compromete a aplicar políticas menos proteccionistas frente a las exportaciones de otros países y a cambio los otros países también se comprometen a hacer lo mismo con las exportaciones de este país.

Así planteadas las cosas, se concluye al respecto que los acuerdos comerciales se negocian y se ponen en vigencia buscando generar beneficios para las economías. Los países buscan aumentar el comercio, tener reglas claras mutuamente convenidas y solucionar conflictos en sus relaciones comerciales y económicas. Las zonas de preferencia arancelaria y la facilitación del comercio que procuran los acuerdos comerciales buscan fomentar el crecimiento económico mediante el aumento de comercio entre los países, por medio de la eliminación total de gravámenes y otras restricciones al comercio para todos los productos; en esta misma dirección los acuerdos procuran mejorar la oferta y los precios de productos al consumidor y promover la producción y el comercio entre países (García, 2008).

Pero las dinámicas del libre comercio no sólo han transformado el intercambio de mercancías, también han reformado la legislación interna de los países. En el comercio internacional los acuerdos tienen como propósito el otorgar beneficios y

rebajas en los aranceles y tasas aduaneras entre los países que lo firman, para facilitar el flujo comercial entre ellos. También pueden unirse dos o más países para exportar a un tercero; de igual manera existen el Sistema Generalizado de Preferencias, SGP, donde los países más desarrollados e industrializados otorgan preferencias arancelarias a los países en desarrollo con el fin de promover la industrialización y el crecimiento económico (García, 2008).

Existen diferentes clases de acuerdos comerciales, como los Acuerdos Multilaterales (entre varios países), Acuerdos de Libre Comercio (para disminuir trabas e impuestos a productos específicos), Acuerdos de Alcance Parcial (donde se permite el intercambio sólo de determinados productos), Acuerdos de Complementación Económica -intercambio de productos clave entre países- (Legiscomex, 2017).

Las relaciones comerciales internacionales son reguladas por la Organización Mundial del Comercio, OMC, fundada en 1995, la cual se ocupa de las normas de alcance mundial que regulan el comercio entre los países miembros. La OMC crea acuerdos donde se establecen normas jurídicas fundamentales para el intercambio internacional; su principal función es garantizar que las transacciones comerciales tengan lugar de forma más fluida, previsible y libre posible.

La OMC es creada con diferentes funciones como la de ser una organización para la apertura del comercio, como un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales, como un lugar en el que pueden resolverse las diferencias comerciales entre países y regiones y como un espacio donde se administran normas de tipo comercial. A pesar de todas estas diferentes perspectivas, fundamentalmente la OMC también es una entidad a la cual acuden los gobiernos miembros para tratar de resolver sus diferencias comerciales (Rivero, 2014).

Además de lo anterior la OMC realiza un control y vigilancia sobre las políticas comerciales de los países miembros y realiza un seguimiento a las medidas que afectan las importaciones y las exportaciones; de allí que haya presiones a los Estados, muy especialmente de los países en desarrollo, para que “actualicen” su normatividad

comercial y aduanera, por lo cual se entiende el cómo hacerla más flexible en términos de facilitar el libre tránsito de las mercancías, no de las personas.

En el contexto de comercio mundial, para los países es muy importante mantener un estricto control sobre las importaciones y exportaciones, esta vigilancia es la llamada balanza comercial, que es el registro que un país lleva sobre sus importaciones y exportaciones durante un período de tiempo determinado; en otras palabras la balanza comercial es la diferencia que le queda a un país entre las exportaciones y las importaciones (Cusguen, 2000).

Para calcular la balanza comercial generalmente se toma como rango un año, en el cual se evalúan las medidas económicas de activación o reactivación con respecto a la economía. Lo ideal es que la balanza comercial sea positiva, es decir, que los productos exportados sean mayores que los productos importados o en el peor de los casos que sea equilibrada, igual importación y exportación.

Comercio internacional

Las relaciones e intercambios comerciales se pueden dar dentro de un país o entre varios países o entre bloques económicos, cada país o cada región tiene su propio derecho comercial buscando normatizar y regularizar las relaciones comerciales dentro de su territorio. El derecho comercial, también llamado derecho mercantil, es un conjunto de leyes y normatividades económicas para regular y controlar las relaciones comerciales que se puedan dar entre dos o más países con fines comerciales y de intercambio económico.

El derecho comercial establece parámetros que deben ser respetados por todos aquellos que tomen parte en actividades comerciales. Existen diferentes tratados y regulaciones de derecho comercial a nivel internacional que deben ser aplicados cuando se establecen intercambios comerciales entre dos o más naciones (García, 2008).

Para el caso de la Política Comercial Internacional, ésta es definida como el correcto manejo de las normas internacionales de intercambio comercial para mejorar sus procesos de modificación y alteración de las relaciones comerciales de un país con el resto del mundo, bajo unos parámetros que deben de ser asumidos tanto por el país exportador como el resto del mundo que lo recibe (DINERO, 2015).

Evidentemente existe formalmente un rango de autonomía donde cada país dirige sus propias políticas económicas que se dividen en políticas indirectas como el caso de las políticas monetarias, fiscales, empresariales públicas y/o comerciales y las directas que son de mayor obligación como las políticas salariales, de empleo, de salud y de educación; de todos modos existen presiones ejercidas por las empresas a nivel internacional y por la OMC para que los Estados implementen normas que beneficien mercancías y capitales, y evitar las políticas proteccionistas.

El proteccionismo en la política comercial internacional está relacionado con la seguridad social y comercial que un país debe tener a partir de normas de comercialización y producción de bienes y servicios, ejecutando así una protección hacia los artículos que se van a comercializar.

Cada país cuenta con una forma de comercialización diferente y compleja a los otros países; sea por el tipo de moneda, el interés monetario, la calidad del producto, el sistema económico, entre otros factores, que hace ver el producto o servicio como un proceso de comercio derivado de los bienes mercantiles y de fácil acceso hacia los demás países, estas formas pueden convertirse en barreras, lo que busca la mundialización de los mercados es justamente que dichas barreras sean flexibles y que permitan transformaciones para el intercambio entre las naciones (Delgado, 2000).

Cabe resaltar que las políticas comerciales tienden a ser de libre comercio entre la multitud de países, puesto que es conveniente para un país y para los entes privados recibir ingresos extras por productos que son participes de intereses sociales, sin intervención del Estado, con los proveedores o comercializadores directos hacia determinadas empresas o entes público-privados que ejerzan las demandas del producto,

a medida que dicho país va comercializando de manera general un producto y este a su vez se expande en el resto de los países por medio de publicidad y el marketing, entre otros, los demás países se van asociando a la idea de un mercado eficiente y de mayores ingresos reduciendo así sus impuestos dentro del territorio y principalmente la competencia que se genera entre las demás naciones por los aranceles impropios del producto, sus cadenas de mercado y la forma en la que se produce o se importa de otro país (Rivero, 2014).

Es evidente que no sólo los gobiernos intervienen en la definición de relaciones comerciales entre los países, hoy se dice que con los procesos de globalización y apertura al comercio internacional, cada día los gobiernos pierden más espacios para maniobrar sus propios países, y son los organismos multilaterales de derecho comercial privado los que están imponiendo normas, sanciones y estímulos (De Sousa Santos, 2006).

Para un mejor entendimiento de las relaciones comerciales internacionales la Cámara de Comercio Internacional se vio en la obligación de crear Términos Internacionales de Comercio INCOTERMS (Internacional Commerce Terms), cada INCOTERMS se refiere a un tipo de acuerdo para la compra y el transporte de mercancía a nivel internacional, especifica la documentación necesaria, las condiciones de entrega de mercancía, la distribución de costes de operación y la distribución de riesgos de operación. En un contrato de compraventa internacional y en la factura como norma se debe de especificar el INCOTERMS pactado.

Lo anterior, significa que los INCOTERMS determinan hasta donde se extiende la responsabilidad tanto del comprador como del vendedor, especifica cuándo termina la competencia del vendedor y comienza la del comprador con referencia al transporte, cargue, descargue y seguros; todo ello muchas veces por encima de las normas domésticas de cada país, teniendo los países que adaptar su legislación a las solicitudes del comercio internacional (DIAN, 2017).

Es importante destacar que la globalización ha permitido la introducción de cambios esenciales en los métodos de producción, lo que ha facilitado la integración de los mercados nacionales a nivel mundial. La globalización de los mercados ha facilitado la estandarización de bienes y servicios e igualado gustos a nivel social, las que apoyadas en la Tecnologías de la Información y la Comunicación, TIC, han permitido una mejor forma de vender y comercializar los productos, pero es una lástima que esta globalización que se ha propuesto hacer tanto por los mercados, no conciba aún la idea de la equidad planetaria ni la del desarrollo a escala humana (Max-Neef, 2008).

CAPÍTULO III. LEGISLACIÓN ADUANERA Y POLÍTICAS DE REGULACIÓN

La Legislación Aduanera: ámbito y caracterización

El Decreto 390 de 2016, es el que regula la legislación aduanera en Colombia, sobre la base de una reglamentación parcial expresa en las resoluciones 42 de 2016 y 41 del mismo año (DIAN, 2016). El ámbito de aplicación de esta disposición normativa se centra en dos campos: comercial y jurídico para todo el territorio colombiano. Desde la perspectiva comercial, la legislación aduanera regula el intercambio de bienes y servicios, sin detrimento de “los tratados internacionales a los cuales adhiera, suscriba o ratifique Colombia” (Art. 2, Decreto 390/2016).

En la perspectiva jurídica el decreto se constituye así en Código Aduanero (Decreto 390, 2016), un tratado jurídico de 776 artículos donde se comprimen todas las normas que rigen a los comerciantes en general para Colombia, tanto personas naturales como jurídicas y las dinámicas procedimentales que son requerimientos para el proceso de importación y exportación nacional. Es de destacar que este código se encuentra conexo al bloque de constitucionalidad y reconoce la legitimidad de los convenios, tratados y pactos establecidos por la nación en materia de relaciones internacionales, desde los protocolos de la OMC – Organización Mundial del Comercio.

El decreto está fundamentado en 8 principios jurídicos que determinan el alcance de la justa gestión del derecho y sus efectos nacionales, tal y como se establece en el artículo 2 de la norma: *principios de eficiencia, favorabilidad, justicia, prohibición de doble sanción por la misma infracción o aprehensión por el mismo hecho, seguridad y facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, tipicidad, prohibición de la analogía, especialidad y principio de prevalencia de lo sustancial* (Decreto 390, 2016).

En torno a dichos fundamentos, se constituyen garantías universales en términos de legislación comercial, el Estado Colombiano precisa unas definiciones en las que se consolida el lenguaje aduanero para Colombia y el ejercicio de la función acorde con *“los convenios internacionales, particularmente con las normas de la Comunidad Andina y el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros - Convenio de Kyoto Revisado de la Organización Mundial de Aduanas”*, como se lee en el primer Considerando (Decreto 390, 2016).

En atención a que los principios aluden a garantías, este análisis concibe pertinente adentrar la caracterización de por lo menos cuatro principios que contienen la sustancialidad normativa de aduanas DIAN, para el país:

Principio de eficiencia: en este aspecto legislativo el Estado Colombiano asume la responsabilidad, respecto de la eficiencia en la gestión aduanera como condición fundamental para disposición de los negocios internacionales, que requieren prontitud, pertinencia, puntualidad y eficacia en razones referidas al tiempo y los procesos, cuya afectación siempre se traduce en términos de economía. Al respecto, dice la norma: *“En las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior, sin perjuicio de que la autoridad aduanera ejerza su control”* (Decreto 390. Art. 2, Lit. a).

Principio de Justicia: en consideración a que el Estado existe para mediar como facilitador y dador de justicia, la idea de ecuanimidad en los procesos y conflictos a que tenga lugar la actividad aduanera, deberán estar caracterizados por la justicia. Se trata de un principio que tiene materialidad en el plano procesal e incluye aspectos como el debido proceso, la presunción de inocencia y buena fe, el reconocimiento de la propiedad privada como una garantía universal, que en los estados capitalistas, protege el derecho a ésta y los derechos derivados que de la misma surgen:

Todas las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera deberán estar presididas por un relevante espíritu de justicia. La

administración y/o autoridad aduanera actuará dentro de un marco de legalidad, reconociendo siempre que se trata de un servicio público, y que el Estado no aspira que al obligado aduanero se le exija más de aquello que la misma ley pretende (Decreto 390. Art. 2, Lit. c).

Lo justo en el intercambio de mercancías dentro de la función aduanera, está definido dentro de políticas públicas nacionales e internacionales legitimadas constitucionalmente y desde la consolidación de bloque de constitucionalidad, prevista en el artículo 94 (Constitución Política de Colombia, 1991). Lo justo abarca en su espíritu principios conexos como lo son el juicio justo, el debido proceso, como lo estipula el artículo 23 (Constitución Política de Colombia, 1991), la presunción de inocencia, entre otros. Por lo tanto el alcance de justicia está en la razón misma del estado y su función de protección a la persona.

Principio de Seguridad y facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior: se trata en esta parte de la obligación del Estado de actuar con todo el sistema aduanero, en la prevención del riesgo comercial que incluye tanto la cadena logística como la puesta en marcha de contingencias para el cuidado ambiental y de la vida. Considerando que la finalidad es la protección de la actividad comercial prevalecen garantías universales asociadas a la vida, la seguridad de los pueblos, el cuidado del patrimonio nacional y los ecosistemas. Al respecto, la disposición plantea lo siguiente:

Las actuaciones administrativas relativas al control se cumplirán en el marco de un sistema de gestión del riesgo, para promover la seguridad de la cadena logística y facilitar el comercio internacional. Con tal propósito, se neutralizarán las conductas de contrabando y de carácter fraudulento... se fortalecerá la prevención del riesgo ambiental, de la salud, de la seguridad en fronteras y de la proliferación de armas de destrucción masiva, para cuyos efectos se aplicarán los convenios de cooperación, asistencia mutua y suministro de información celebrados

entre aduanas, y entre estas y el sector privado” (Decreto 390. Art. 2, Lit. e).

Los convenios de cooperación internacional activan a partir de este principio pactos de relaciones internacionales para el cuidado de la región, la protección y el fortalecimiento de la logística de aduanas en materia integración. Por lo tanto la legislación aduanera interpreta intereses comunes de los estados en materia fronteriza.

Principio de Tipicidad: hace referencia a la caracterización de los hechos cuando estos constituyen infracción administrativa en el plano de las relaciones y conexiones aduaneras. Los conceptos de aprehensión y decomiso derivan sanciones que de manera explícita el código aduanero tipifica para tasar los límites en materia de imputabilidad, así: *“para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías o, en general, dé lugar a cualquier tipo de sanción administrativa, dicha infracción, hecho u omisión deberá estar descrita de manera completa, clara e inequívoca en el presente decreto o en la ley aduanera”* (Decreto 390. Art. 2, Lit. f). (Decreto 390, 2016). El principio de tipicidad se manifiesta en la expresión precisa de la infracción y se articula con una sanción específica cuyo alcance en materia de juicio justo debe establecer equivalencias administrativas inequívocas.

Disposiciones generales y ámbito de aplicación

Las disposiciones generales del Código Aduanero (Decreto 390, 2016), son el objeto del capítulo I, de la norma y están referidas a los principios que ya han sido analizados en el acápite anterior, pero además precisan un marco de conceptos que constituyen el campo semántico o columna del código arancelario. De esta manera la Ley 390 de 2016, crea un ámbito conceptual que tendrá que incluirse en el lenguaje de los negocios y las relaciones comerciales mediadas por las oficinas de aduanas nacionales. Dentro de estos conceptos se destacan algunos que son de significativa importancia para el estudio que se propone.

El análisis integral, está referido a el “control previo... que realiza la autoridad aduanera en la confrontación de la información contenida en los servicios informáticos electrónicos, con la contenida en los documentos de viaje y/o en los documentos que soportan la operación comercial o mediante certificaciones emitidas en el exterior por el responsable del despacho, para establecer si las inconsistencias están o no justificadas, o si se trata de un error de despacho”. Se trata de una gestión esencial de carácter administrativo en la que queda el registro tanto del importe como de la exportación específica. En este sentido, las oficinas de aduanas, asumen roles acorde con la función correspondiente en el límite fronterizo: aduana de destino, aduana de partida y aduana de paso.

Lo anterior para precisar que concepto de aduana en la expresión tríplica de la función aduanera alude a las nociones de aduana de destino, aduana de partida y aduana de paso. En cuanto a la primera se identifica la oficina administrativa a donde deben remitirse las mercancías cuando ha finalizado “el régimen de tránsito aduanero”. La aduana de partida determina lo contrario, y establece el punto “donde se inicia el tránsito aduanero”. Con respecto a la aduana de paso, cabe decir que esta es una oficina de carácter temporal “donde circulan las mercancías sin que haya finalizado el régimen aduanero”. Esto quiere decir que el régimen aduanero lleva consigo la traza de un recorrido que las mercancías legitiman dentro de la logística comercial, bien sea en el orden nacional o internacional.

Sobre la variación de la función aduanera, surge el concepto de control aduanero y en este caso, se define que éste es “conjunto de medidas adoptadas por la autoridad aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera y demás disposiciones cuya aplicación o ejecución sea de competencia o responsabilidad de la dirección de impuestos y aduanas nacionales”. Por lo tanto el control aduanero se basa en un marco de disposiciones vinculadas con el ingreso de mercancías, permanencia de las mismas en el territorio, lo mismo que la logística de traslado y todo lo que implique la circulación, el almacenamiento y salida de las mercancías; junto con los criterios para la definición de unidad de carga y medida reglamentaria de transporte, acorde con los estándares nacionales e internacionales contenidos en los diferentes convenios.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

La entidad encargada de dirigir y administrar la gestión aduanera en Colombia es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Esta institución desempeña un papel fundamental dentro del comercio internacional; esta entidad posee la responsabilidad directa de cumplir y hacer cumplir las normas, leyes, tratados internacionales, en materia de importación y exportación de mercancías. Las aduanas tienen como finalidad no sólo fiscalizar las entradas y salidas de las mercancías al territorio aduanero nacional, sino garantizar el cumplimiento de las normas, permisos, licencias y deberes en lo que respecta al tipo de importación.

El artículo primero del Decreto 1071 de 1999, define a la DIAN como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Es la principal autoridad en materia tributaria, aduanera y cambiaria del país en lo que tiene que ver con su dirección, administración y control. La representación legal de la entidad está a cargo del Director General, su jurisdicción comprende el territorio nacional y su domicilio principal es la ciudad de Bogotá, D.C.

A la DIAN le ha sido confiada la tarea de controlar la circulación de mercancías y recaudar los pagos correspondientes en los lugares donde se encuentran las aduanas, que son los sitios habilitados para la importación y exportación, los cuales son determinados por la misma DIAN; es por lo anterior que se identifica a la Aduana con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El control aduanero son todas las medidas adoptadas por la autoridad aduanera con el fin de asegurar el cumplimiento de la legislación, estas medidas se aplican al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías hacia o desde el territorio aduanero nacional. También sobre las personas que intervienen en las operaciones de comercio exterior.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, define que las importaciones son aquellos gastos que las empresas, los gobiernos o las personas realizan respecto de los bienes y servicios que se hacen en otros países y que se traen al propio; en tanto las exportaciones son los bienes y servicios que se producen en un determinado país y que luego se venden y envían hacia otros países. Esta diferencia puede ser positiva, situación que se llamará superávit comercial o bien negativa que se llamara déficit comercial (Copete, 2013).

Cuando las mercancías no cumplen con las normas aduaneras pueden pasar por aprehensión, decomiso o abandono, las causales de cada una de estas están consignadas en el Decreto 2685 de 1999. La aprehensión es una medida cautelar, es la retención de mercancías de forma preventiva o definitiva; el decomiso es cuando la mercancía pasa a poder de la nación, y el abandono es cuando a una mercancía se le ha vencido el término de permanencia en depósito, no ha obtenido su levante o no se ha reembarcado.

En virtud del Decreto 2685 de 1999 a la DIAN se le ha encargado la reglamentación de temas que van más allá de la simple regulación de las importaciones y exportaciones; analistas como Juan Manuel Camargo han puesto en entredicho esta potestad asignada por el Gobierno, en razón a la constitucionalidad de delegar dicha función en un organismo de menor jerarquía.

Para este autor es discutible que un organismo como la DIAN tenga la competencia de expedir reglamentos generales, contrariando el mismo orden constitucional, pero esto hace la normatividad aduanera muy amplia y dispersa, dificultando el acceso y conocimiento al usuario y contribuyente; teniendo en cuenta que cada vez que un decreto es modificado la DIAN debe ajustar nuevamente sus resoluciones, haciendo más dispendiosa la tarea si se observa el número de veces que estos han sido reformados.

Son muchos los organismos que intervienen en la formulación del derecho aduanero, sin embargo la principal autoridad encargada del control y especialmente de la represión y sanción de la actividad contrabandista es la DIAN. Igualmente existe la

Policía Fiscal Aduanera, POLFA, que es un apéndice de la DIAN, y por tanto hace parte de su estructura organizacional. La POLFA no es una autoridad administrativa independiente, sus actuaciones se encuentran direccionadas y orientadas por los lineamientos del Director General de la DIAN.

Las funciones de la POLFA son de apoyo a las demás dependencias de la DIAN. Los artículos 35, 36 y 37 del Decreto 4048, modificados por el Decreto 2360 de 2009, regulan las funciones de la Dirección de Gestión de la POLFA. Su función primordial es la de coordinar y adelantar las tareas necesarias para prevenir y reprimir el contrabando, la evasión fiscal y las infracciones cambiarias; en conjunto con la Fiscalía General de la Nación. Todos los aspectos y actividades de inteligencia que deba adelantar la POLFA se encuentran reglados por la Ley 1288 de 2009.

Aprehensión y decomiso de mercancías

A pesar de encontrarse regidos por las mismas normas en cuestión de procedimiento, la aprehensión y decomiso de mercancías son independientes de la imposición de sanciones. Los primeros cuentan con algunas particularidades, aunque en materia probatoria y medios de defensa, por ejemplo, se hacen extensivas las mismas disposiciones. La primera acción que realiza la administración una vez se percata que se ha configurado una infracción aduanera de contrabando es aprehender la mercancía.

Según el compendio de definiciones que trae el artículo 1 del Decreto 2685 de 1999, la aprehensión es una medida cautelar consistente en la retención de mercancías respecto de las cuales se configure alguno de los eventos previstos en el artículo 502. No todas las causales que trae el artículo en mención tienen que ver directamente con infracciones de contrabando, por ello son referenciadas solamente aquellas que guarden relación estrecha con este fraude.

Al igual que ocurre con las infracciones aduaneras, las causales de aprehensión vienen divididas según el régimen en que se presenten: importación, exportación o tránsito aduanero. Muchas de las infracciones aduaneras definidas como contrabando en

el subcapítulo 3.1, son a la vez causales de aprehensión y no son más que trasgresiones a obligaciones aduaneras, en su mayoría durante la importación, contempladas en el artículo 87 del Estatuto Aduanero y comprenden:

La presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes (Decreto 390, 2016).

La normatividad contempla que es un hecho castigable el ocultar o no presentar a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional. Los artículos 232 y 232-1 especifican en qué casos concretos se entiende la mercancía como no presentada o no declarada. En dichos eventos igualmente procede la aprehensión y decomiso, a menos que se incurra en errores y omisiones en la descripción de la mercancía en la declaración de importación, que no conlleven a amparar mercancías diferentes, pudiéndose subsanar estos errores u omisiones a través de la presentación de una declaración de legalización sin el pago de rescate; igualmente es sancionado el ingreso de mercancías que se realice por lugares no habilitados por la DIAN.

También procede la aprehensión cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío, Factura de Nacionalización o Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la Declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo que estos últimos se hayan subsanado. En el caso que la mercancía encontrada sea superior a la señalada, la aprehensión sólo procederá respecto al exceso. Igual situación ocurre cuando se encuentren en diligencias de inspección aduanera cantidades superiores o mercancías diferentes a las declaradas.

Cuando el viajero omita declarar equipaje sujeto al pago del tributo único y la autoridad aduanera encuentre mercancías sujetas al pago del mismo, o mercancías en

mayor valor o cantidad a las admisibles dentro del equipaje con pago del tributo único, o mercancías diferentes a las autorizadas para la modalidad de viajeros, o el viajero no cumple las condiciones de permanencia mínima en el exterior, procederá la aprehensión y decomiso o, cuando se destinen al comercio mercancías introducidas bajo la modalidad de viajeros. El inicio del procedimiento se da con el acta de aprehensión expedida por el funcionario que realizó la diligencia, la cual debe contener:

Lugar y fecha de la aprehensión; causal de aprehensión; identificación del medio de transporte en que se moviliza la mercancía, cuando a ello hubiere lugar; identificación y dirección de las personas que intervienen en la diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas; descripción de las mercancías en forma tal que se identifiquen plenamente; cantidad, peso cuando se requiera, precio unitario y precio total de la mercancía, las objeciones del interesado durante la diligencia, la relación de las pruebas practicadas por la Administración o aportadas por el interesado durante la diligencia de aprehensión (Decreto 390, 2016, pág. 81).

Como se ha descrito, lo más común es que la aprehensión se dé al momento en que se introduce o sale la mercancía del territorio aduanero nacional. Sin embargo, la DIAN tiene la facultad de aprehender mercancías en momentos posteriores cuando se configure alguna de las causales, y el levante o legalización, según sea el caso, aún no se haya presentado. En este sentido, el inciso 4 del artículo 503, señala que la sanción impuesta cuando no es posible aprehender la mercancía no subsana la situación irregular en que se encuentre, y en consecuencia, la autoridad aduanera podrá disponer en cualquier tiempo su aprehensión y decomiso.

El procedimiento mediante el cual se resuelve la situación jurídica de las mercancías aprehendidas concluye, bien con la entrega de la mercancía o con el decomiso, dependiendo de si se logra o no demostrar la legal importación, y, en ambas situaciones, el Administrador de la Aduana Interna debe expedir providencia motivada ordenando la entrega de la mercancía o el decomiso, entendiendo por este último, el acto en virtud del cual pasan a poder de la nación las mercancías importadas.

En este sentido, el artículo 506 del Estatuto Aduanero de 1999, dispone la entrega y devolución de las mercancías aprehendidas en cualquier estado del proceso, mediante acto motivado que decida de fondo, cuando se establezca su legal introducción y permanencia en el territorio aduanero nacional o cuando se desvirtúe la causal.

El decomiso es la principal sanción aduanera para la entrada o salida irregular de mercancías del territorio nacional. Para el Estatuto Aduanero, artículo primero, el decomiso es el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras. Es un efecto de la aprehensión, de allí que las causales de una y otra sean las mismas, las del artículo 502. Sin embargo, la aprehensión difiere del decomiso,

en cuanto la primera es un hecho físico producto de una primera evaluación que hace la administración aduanera en ejercicio de sus funciones de policía judicial; la segunda, es una decisión jurídica que hace la administración como producto de un examen de la documentación y de las pruebas aportadas dentro de la respectiva actuación que se inicia con base en el hecho físico de la aprehensión de la mercancía y cuyo ámbito sólo atañe a la misma (Sentencia 284, 2010, pág. 25).

La legislación colombiana dispone que la custodia, almacenamiento y enajenación de mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la nación está a cargo de la DIAN, y es ejercida principalmente, por medio de los diferentes depósitos aduaneros habilitados, públicos y privados, salvo que se trate de mercancías especiales como armas, partes del cuerpo, sustancias químicas, patrimonio cultural, café entre otros; caso en el cual se entregarán a la entidad correspondiente, sea el Ministerio de Defensa, Protección Social, Federación Nacional de Cafeteros, o cualquiera de las otras mencionadas en el articulado.

La autoridad aduanera puede disponer de las mercancías decomisadas o abandonadas a favor de la nación, mediante las modalidades de venta, donación, asignación, destrucción o dación en pago conforme a la regulación interna que exista al

respecto. Excepcionalmente, se posibilita realizar estos procedimientos con mercancías aprehendidas que aún no tengan resuelta su situación jurídica, sólo cuando éstas puedan causar daños a otros bienes depositados, puedan descomponerse o disminuirse fácilmente, tengan fecha de vencimiento, requieran condiciones especiales para su conservación o almacenamiento de las cuales no se disponga, no se haya establecido su propietario o quien se crea con derecho sobre la misma, tengan restricciones de cualquier tipo que no hagan posible su comercialización, o se refieran a las mercancías especiales del artículo 524 que se acabaron de aludir. No obstante, así se disponga de esta clase de mercancías, el proceso para determinar su decomiso continúa.

Para el caso de las sanciones, se entiende que estas son un castigo o represión para aquellas conductas que contravienen un orden económico, político o social. Generalmente persigue diversos fines como lo son el retribuir, prevenir-persuadir y/o reprimir. En el campo aduanero, cuando se trata de retribuir, se está haciendo referencia a las sanciones que buscan la cancelación de tributos o derechos aduaneros dejados de pagar, la cual se acompaña muchas veces de una multa que en alguna medida pretende resarcir el perjuicio ocasionado.

De otra parte, la función represiva, que es quizá la más identificable, se cumple con la imposición de la sanción correspondiente, de manera que se evidencie la consecuencia jurídica de la contravención, a la vez que genere conciencia en el colectivo para que se abstengan de cometer infracciones de este tipo. Finalmente, la sanción administrativa prevista para el contrabando pretende controlar la evasión y evitar con ello que se afecte el orden económico, debido a la privación de recursos que puede generar la comisión de esta infracción.

Toda sanción aduanera tiene su propio sujeto pasivo y deriva en una consecuencia de una infracción, que por su parte pertenece al orden administrativo. La infracción va dirigida sólo a quien es responsable de la misma, es decir, a quienes concurren en ella. Lo anterior para precisar que el radio de responsabilidades compromete a los actores que participan en la cadena exportadora: productor, transportador e intermediación. Es decir, todos podrán ser responsables según el caso y

la función que corresponda: importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así como el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en razón a las obligaciones que se deriven por su intervención, asumen responsabilidad jurídica del hecho:

la no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías, quedando a salvo su núcleo esencial, en función de la importancia del interés público amenazado o desconocida (Sentencia 284, 2010, pág. 21).

Estas sanciones van desde multas hasta la suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades. Es perfectamente posible demandar la nulidad del acto administrativo que decide de fondo ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero para esto es indispensable agotarse la vía gubernativa. En materia aduanera, haciendo extensivas las disposiciones que para el efecto trae el Código Contencioso Administrativo, la vía gubernativa se agota con la firmeza del acto administrativo que decide de fondo, sin necesidad siquiera de la interposición del recurso de reconsideración (artículo 63 del Código Contencioso Administrativo).

Esta situación se debe principalmente a que contra la decisión de la DIAN procede solamente el recurso de reconsideración, que hace las veces de reposición, por previsión expresa del numeral 2 del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. Agotada la vía gubernativa, el sujeto sancionado tendrá vía libre para solicitar la nulidad del acto ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de conformidad con los artículos 84, 85, 135 y siguientes del mismo Código.

Política colombiana en materia aduanera

El contrabando es una práctica antigua que aparece a la par que los intercambios comerciales empiezan a reglamentarse. Desde la legislación de los años 70, para el caso colombiano (Decreto 955 de 1970, Estatuto Penal Aduanero) se habla de varios tipos de contrabando, algunos de ellos:

Contrabando por Importación: Es la entrada de bienes extranjeros a territorio nacional, burlando los controles aduaneros y/o el pago total o parcial de los derechos o tributos a que haya lugar (Camargo, 2007); se presenta muy especialmente al declarar un menor peso, calidad, precio o manifestar una procedencia equívoca de la mercancía al momento de la importación; al igual que la introducción de mercancías no autorizadas por la legislación nacional por políticas comerciales, de seguridad o salubridad.

Contrabando por Exportación: Se configura cuando tratan de sacarse mercancías del país por sitios prohibidos o no especificados previamente y/o sin el pago respectivo de los derechos de exportación; esta falta se presenta igualmente cuando se exporta un producto en más del máximo permitido o autorizado en virtud de la política comercial o en razón de tratados de comercio con otras naciones (Bustamante & Mercado, 2014).

Contrabando por las Aduanas y por fuera de ellas: El contrabando por aduanas es la importación o exportación por lugares habilitados, de productos con documentos falsos o alterados que no corresponden fehacientemente a la mercancía. El contrabando por fuera de aduanas es la importación o exportación de bienes sin presentarlos a la autoridad aduanera o impidiendo su intervención. Como lo sugiere el investigador Juan Manuel Camargo (2007), estas dos clases de contrabando no son más que variedades del de importación o exportación.

Contrabando de uso: Ocurre cuando se le da una destinación diferente o es usada por personas que no corresponden aquellas mercancías que gozan de privilegios o exenciones aduaneras para su importación, bajo el entendido que su goce y utilización

son en beneficio de instituciones favorecidas por la Ley Aduanera, y de allí su justificación. Es una prerrogativa básicamente para entidades públicas, y por ello, a la luz de la legislación penal vigente, puede decirse que no se trata de una clase de contrabando propiamente, sino de un peculado en cualquiera de sus variedades (por apropiación, por uso o por destinación oficial diferente, regulados en los artículos 397, 398 y 399 del Código Penal), según sea el caso.

Para el caso estas situaciones ilegales que puede revestir el comercio internacional, reconocen estudiosos del tema en el campo jurídico y económico que éste es uno de los principales problemas que en la actualidad presenta la economía colombiana, pues además de afectar directamente la industria y la competencia en igualdad de condiciones, priva de grandes recursos al Estado, muchos de ellos con destino a la inversión, factor primordial para el desarrollo de un país (García, 2008).

Para afrontar esta situación es que en Colombia se dispone del Derecho Aduanero, cuya reglamentación halla su origen en el Derecho Administrativo, toda vez que se trata de un tema básicamente tributario a partir del cual el Estado interviene en la economía, encargándose de regular el comercio exterior y las actividades desarrolladas en las aduanas (Legiscomex, 2017).

Para muchos analistas de problemas comerciales colombianos, el contrabando es el principal flagelo aduanero; para su control el legislador se ha encargado de regular ampliamente la materia, asignándole sanciones tanto administrativas (desde el Derecho Aduanero, Decreto 2685 de 1999). El contrabandista (sujeto activo de la conducta) no respeta el procedimiento legal previsto para la importación y exportación de bienes, evadiendo con ello una serie de impuestos previstos para tal fin, todo esto con el propósito de comercializar la mercancía no legalizada a precios comparativamente bajos, lo que hace que esta práctica se convierta en una actividad notablemente atractiva y lucrativa, producto de la misma prohibición, que por sus características es más común en economías proteccionistas (Delgado, 2000).

Algunos autores proponen que resulta mucho más racional, ágil y oportuno que sea la misma entidad encargada del control aduanero quien deba luchar por combatir esta actividad lesiva para el Estado, brindándole las herramientas legales necesarias para ello, sin necesidad de otro tipo de sanciones diferentes a las administrativas.

No se trata de proponer que las autoridades administrativas entren a cumplir un papel jurisdiccional, lo cual iría en contravía de los preceptos constitucionales, sino que sean éstas mismas, quienes tras comprobar la inobservancia de una normatividad administrativa impongan las sanciones legalmente previstas, conforme a un procedimiento preestablecido, respetando siempre el debido proceso y demás garantías constitucionales de los presuntos infractores, advirtiendo que tras la respectiva sanción, que será en últimas un acto administrativo, el administrado podrá ejercer igualmente toda su defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción correspondiente.

Evolución normativa del contrabando en Colombia

El trato legal que ha recibido el contrabando como conducta dolosa ha pasado desde hace años por varios momentos, los cuales ponen de manifiesto la imprecisión en las herramientas empleadas para combatirlo, lo que se evidencia en las múltiples reformas y procedimientos que se le ha dado a esta conducta, que ha pasado de ser considerada delito a infracción administrativa; presentando al tiempo ambas connotaciones.

Al constituir el contrabando por regla general una infracción a la normatividad aduanera, su regulación generalmente ha estado asociada a esta legislación, aunque han existido momentos en los que el sistema penal ha hecho parte del régimen aduanero formando un sistema híbrido. En la actualidad se ha procurado sancionar de forma independiente este tipo de infracciones administrativas.

Para comprender mejor el Estatuto Penal Aduanero promulgado en 1970, es preciso referirse a sus principales antecedentes y ver cómo ha sido enfrentado este

fraude por la legislación nacional. La primera regulación significativa del siglo XX en materia de aduanas fue el Código de Aduanas, el cual castigaba con penas de arresto que iban de dos a ocho años a quienes incurrieran en este delito. Sin embargo durante la vigencia del Código de Aduanas y al menos hasta el Estatuto Penal Aduanero, el contrabando como tal tuvo diversos tratamientos como delito o como infracción administrativa debido a las diferentes reformas de que fue objeto.

Sería con los Decretos-Ley 955 de 1970 y 520 de 1971, y la Ley 21 de 1977, que se da forma al Estatuto Penal Aduanero, dándole un tratamiento penal a gran parte del sistema aduanero, pero conservando características administrativas. Esta fue una legislación dual que conjugó elementos penales y administrativos pero que otorgó competencia a una sola jurisdicción especial para resolver todas las infracciones. Para tal fin, se aprobaron delitos, contravenciones, faltas administrativas, sanciones y una jurisdicción penal aduanera.

Sería en el año de 1987 que el entonces presidente Virgilio Barco, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 de la Ley 52 de 1984, decide unificar la legislación penal aduanera existente en materia de contrabando de mercancías, a través del Decreto 051, reglamentado por el Decreto 1201 del mismo año, derogando expresamente el anterior Estatuto Penal Aduanero. La estructura del nuevo Estatuto, en cuanto a infracciones, proceso y jurisdicción se mantuvo, y sólo se le realizaron unos ajustes menores.

En 1989, justo antes de que el país se adentrara en los procesos de apertura económica, propias del mundo neoliberal globalizado, y bajo las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, que se expidieron regulaciones para desmontar la jurisdicción penal aduanera y la despenalización del contrabando, las que dieron paso a los Decretos 2274, 2352 de 1989, y 1750 de 1991, encargados de suprimir definitivamente el carácter de hecho punible del contrabando, para convertirlo en una infracción administrativa, de competencia exclusiva del máximo organismo de control aduanero, es decir, de la DIAN.

Complementariamente se expidió el Decreto 1909 de 1992, el cual modificó la Legislación Aduanera, con el fin de ajustar las disposiciones normativas al nuevo modelo de desarrollo basado en la internacionalización de la economía y la modernización del Estado, procurando agilizar los procesos aduaneros y fortalecer los mecanismos de fiscalización, ello para evitar la evasión de impuestos.

Tras seis años de despenalización del contrabando, esta conducta fue tipificada nuevamente por la Ley 383 de 1997 con el fin de fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, acompañada de otros tres hechos punibles bastante afines: favorecimiento de contrabando, defraudación de rentas de aduanas y favorecimiento a servidor público, los que posteriormente fueron modificados por la Ley 599 de 2000, actual Código Penal. Desde la penalización del contrabando en 1997 hasta hoy, la sanción y el trato que se le ha dado desde el sistema penal a esta actividad ha sido variable; la tendencia ha estado marcada generalmente por el endurecimiento de las penas y la creación de nuevos tipos penales, como ha sido el caso del contrabando de hidrocarburos.

Reconocen estudiosos del tema que el efecto negativo del contrabando sobre la economía nacional es que afecta negativamente los intereses colectivos que tienen que ver con la libre competencia, la economía nacional y el ingreso fiscal proveniente de la renta de aduanas. El contrabando ataca la industria nacional y desajusta el mercado interno y el empleo; al evadirse el pago de tributos aduaneros se puede competir en mejores condiciones con el comercio legal. Aunque el contrabando genera empleo y cubre escases de productos, los efectos nocivos son mayores en cuanto devastan las finanzas públicas.

Regulación actual.

Para analizar la normatización actual del fenómeno del contrabando debe tenerse en cuenta que las competencias legislativas en materia aduanera con la Constitución de 1991 fueron delegadas en parte al Presidente de la República a través del artículo 189, numeral 25; sin embargo el artículo 150, numeral 19, literal c), encarga al Congreso

dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; lo que significa que para llevar a cabo una reforma aduanera por parte del Gobierno deben existir unos lineamientos generales establecidos por el Congreso de la República.

En este orden de ideas es que el Estatuto Aduanero, Decreto 2685 de 1999, corresponde a una norma gubernamental, ley marco que ha sido fundamento para que el Ejecutivo legisle todo sobre esta materia. Este decreto no es más que una nueva modificación a la legislación existente, pues ésta ha sido la forma como se ha regulado el tema tras la expedición de la Ley 6 de 1971.

Para algunos investigadores como Juan Manuel Camargo (2007), el Estatuto Aduanero tiene el carácter de Código, amparado en jurisprudencia constitucional, señala que lo que atribuye la calidad de Código a un conjunto de normas no es su denominación oficial sino su contenido. Sostiene, bajo este supuesto, que tanto el Decreto 1909 de 1992 como su reemplazo, el 2685 de 1999, desde su estructura, reúnen las características para ser considerados Códigos, el cual según la Corte Constitucional es un

conjunto de normas que regulan de manera completa, metódica, sistemática y coordinada, las instituciones constitutivas de una rama del derecho; por lo tanto, las regulaciones específicas sobre las cuestiones que directamente atañen a la materia propia del Código, deben ser objeto de previsión a través de sus normas (Sentencia 284, 2010, pág. 15).

El Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999) es un compendio normativo que se expide con el fin de recopilar, armonizar, simplificar y ajustar todas las reglas vigentes respecto al problema de las aduanas, de manera que se pueda contar con un solo texto que reúna y regule íntegramente todos los aspectos de esta disciplina. Se pretendió además darle transparencia, claridad y certeza a los usuarios de comercio

exterior en tiempos de la globalización, de la apertura económica y de celebración de TLC, así como a las mismas autoridades y entes de control en relación a la legislación.

El Estado colombiano, procurando organizar su comercio exterior, expidió el Decreto 390 el 7 de marzo de 2016, por la cual establece una nueva regulación aduanera. Con esta Ley se busca armonizar la regulación aduanera interna con los convenios internacionales en materia de comercio; igualmente la referida ley procura la inserción del país en el panorama global a partir de su acercamiento con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. Además fortalece el control aduanero, neutralizar las conductas de contrabando y lavado de activos, prevenir el riesgo ambiental y la violación de los derechos de propiedad intelectual, defender la salud, garantizar la seguridad en fronteras y la seguridad de la cadena logística (Gómez, 2016).

El artículo 8 de la Ley 390 de 2016 define como una de sus garantías la obligación aduanera, mediante la cual se asegura el pago el derecho de impuestos y se establecen las sanciones y los intereses que resulten del incumplimiento de una sanción aduanera. La ley establece que la obligación aduanera son las normas que deben cumplirse de manera previa a la llegada de una mercancía al territorio aduanero nacional; la cual se establece en la importación, la exportación y el tránsito de mercancías.

La nueva Regulación Aduanera está conformado por veinticuatro títulos, distribuidos por capítulos, secciones y partes; en los que se regulan diferentes temas relacionados con el régimen de aduanas, entre los que se encuentran las definiciones y disposiciones generales, sujetos de la actuación aduanera, destinos aduaneros, zonas habilitadas para el comercio exterior, zonas especiales, regímenes aduaneros de importación, exportación, deposito aduanero y tránsito de mercancías, regímenes especiales, controles aduaneros, régimen sancionatorio, protección a la propiedad intelectual y notificaciones.

El presente decreto tendrá aplicación escalonada de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 674 y 675, a partir del momento en que entren a regir las normas del presente decreto, quedaran derogadas las demás disposiciones contenidas en el Decreto 2685 de 1999 y las siguientes normas que lo modifican y adicionan.

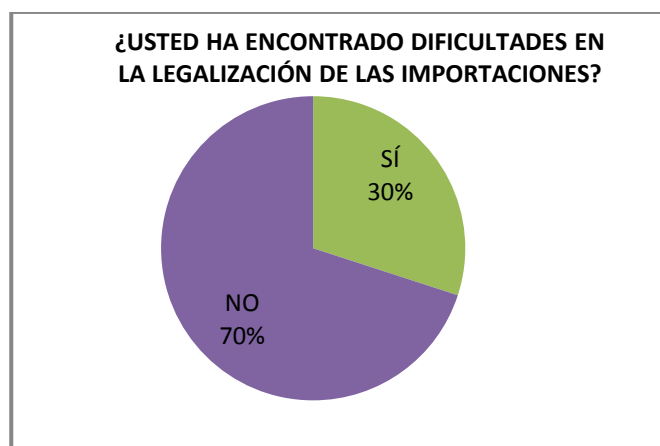
CAPÍTULO IV. RESULTADOS

Interpretación

Para el desarrollo del presente trabajo se aplicó una entrevista a 10 personas de diferentes empresas de Medellín que trabajan en el área de importaciones, para analizar desde ellos cómo en los últimos años, con los procesos de globalización de la economía se han transformado las políticas y los mecanismos de ingreso de mercancías al país, vistas desde su experiencias con las autoridades comerciales y aduaneras.

Los siguientes fueron los resultados de la aplicación del protocolo de entrevista: a la pregunta si ha encontrado dificultades en la legalización de mercancías importadas que llegan a las aduanas del país, las respuestas fueron:

Gráfico 1. Dificultades en legalización de importaciones.



Fuente: diseño propio.

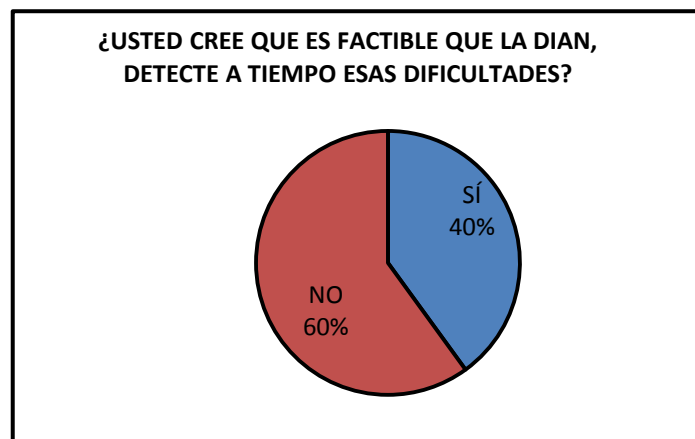
Es notable que los procesos de inserción de Colombia en la economía mundial han facilitado el ingreso de mercaderías al país, pero el hecho de que un 30% de los entrevistados manifieste dificultades en el ingreso de mercancías es un porcentaje extremadamente alto, lo que da cuenta o bien de las restricciones que aún permanecen, o de la dificultad en formalizar el ingreso de mercancías, lo que sin lugar a dudas

desestimula a los comerciantes y convierte en lentos los procesos de importación de todo tipo de mercancías.

En diálogos sostenidos con estas personas manifestaron que esto se debe a que existen vacíos en la interpretación de la normatividad, lo minuciosa que es la clasificación arancelaria y la poca claridad que presentan algunas normas sobre importación. Manifestaron las personas entrevistadas que con frecuencia también se presenta retención de mercancía, mientras se cumplen los trámites y formalidades aduaneras, lo que dificulta el proceso de legalización de la misma.

Los entrevistados reconocen que buena parte de los errores y demoras para el ingreso de mercancías es responsabilidad de los funcionarios de la DIAN, tal como lo sugiere el siguiente gráfico:

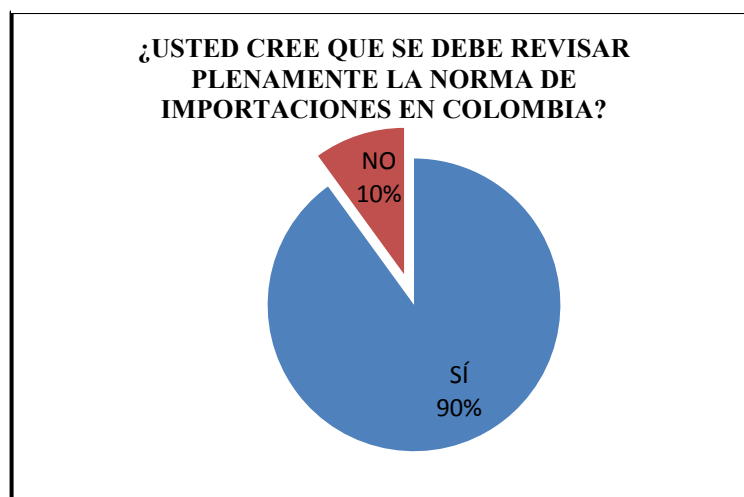
Gráfico 2. Opinión de importadores sobre responsabilidad de funcionarios en demoras de legalización de mercancías.



Fuente: diseño propio

Algunas de las personas entrevistadas consideran que más que los funcionarios de la DIAN, el problema son las normas colombianas en materia de importación, por los que habría que cambiar las normas y no a los funcionarios.

Gráfico 3. Opinión sobre la necesidad de cambiar la normatividad

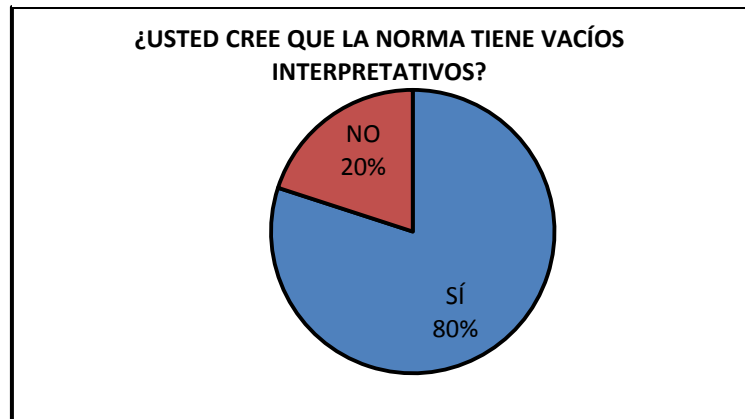


Fuente: diseño propio

El 90% de los encuestados afirmaron que sí se debe revisar plenamente la norma de importaciones en Colombia, porque la interpretación de cada uno de sus ítems, es ambigua, debido a que en algunos ítems se puede interpretar todo lo que no está escrito en la norma; ésta debe ser específica, clara y concisa. El 10% que creen que no es necesario revisarla, hacen referencia a importaciones tradicionales que no ameritan ninguna interpretación.

En esta misma dirección la pregunta de si la legislación colombiana en materia de aduanera y tributaria tiene vacíos interpretativos, las siguientes fueron las respuestas de los encuestados:

Gráfico 4. Opinión sobre vacíos interpretativos de la normatividad en materia de aduanas.



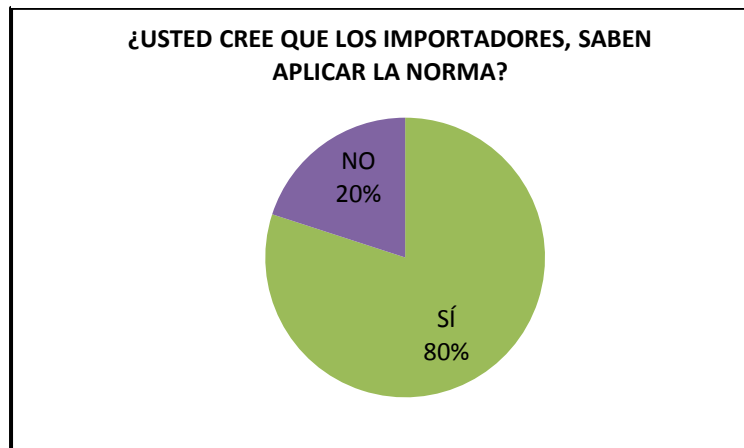
Fuente: diseño propio

El 80% de los entrevistados afirmaron que la norma sí tiene vacíos interpretativos, porque el Código Arancelario no ha sido actualizado con relación a las posibilidades que el libre comercio brinda, todo lo que hace referencia a subproductos y productos desdoblados (resultado de transformar un producto general en subproducto, como la carne molida que es subproducto de la carne de res, etc.); mientras que el 20% dice que no los tiene.

Pero no sólo presenta falencia la normatividad y los funcionarios encargados de aplicar la ley aduanera, también presentan múltiples problemas los comerciantes (importadores y exportadores), quienes o bien no conocen suficientemente la ley y los trámites o mediante argucias quieren introducir productos al país sin dar cuenta de las cantidades, calidades y especificaciones de los mismos, amén de la introducción ilegal de mercaderías (contrabando).

Los funcionarios encargados de procesos de importación de mercancías e insumos en empresas de Medellín manifiestan que ellos sí conocen la normatividad, pero que son los funcionarios de las aduanas y la normatización de los procesos de importación los que fallan.

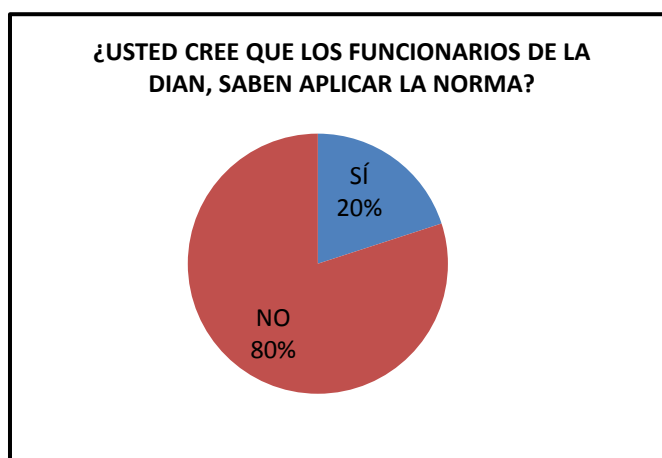
Gráfico 5. Opinión de los importadores sobre su conocimiento de la normatividad.



Fuente: diseño propio

En esta misma dirección destacan los entrevistados que son los funcionarios de la DIAN los que requieren mayor capacitación para la aplicación del código aduanero en la cotidianidad de las importaciones en Colombia, para ellos el 80% opina que los importadores sí saben aplicar la norma, porque generalmente el importador está asesorado por un agente de aduana, lo que facilita el proceso, mientras que los funcionarios cambian con frecuencia, según interés políticos, son destituidos por casos de corrupción o por ser muchos de estos puestos entregados para pagar favores políticos, a personas que desconocen la normatividad.

Gráfico 6. Opinión sobre aplicabilidad de la norma por parte de funcionarios.



Fuente: diseño propio

El 80% de los encuestados, opinan que los funcionarios de la DIAN, no saben aplicar la norma, porque normalmente, ellos tienen el conocimiento necesario, el problema radica en la mentalidad del funcionario, que está detrás del error para sancionar y no en pro del importador para sacar su carga. El 20% de los encuestados creen que los importadores no saben aplicar la norma, en parte porque hay desconocimiento de las mismas, pero también se encuentran casos que por tecnicismos las mercancías pueden ser aprehendidas o por desconocimiento de los tratados internacionales. El 20%, opinan que los funcionarios de la DIAN sí saben aplicar la norma, porque son personas capacitadas para actuar como sus representantes.

Las entrevistas permitieron encontrar que en el momento de la legalización de las importaciones ante la DIAN, se ha detectado que los funcionarios, están reteniendo los productos por diferentes causas, esto conlleva a unos sobrecostos de importación, tales como bodegaje, transporte, energía cuando son productos refrigerados, gastos de un representante en puerto, para resolver este inconveniente y lo peor, el riesgo de que se pierda el producto.

Desde el punto de vista del tema aduanero, se entiende que la actuación de las Administraciones Aduaneras no es nada sencilla, pues a medida que se mejora en los modelos de integración, el papel de las mismas se torna más significativo; obligándola a perfeccionar sus labores para no convertirse en una barrera al comercio exterior.

Algunos de los obstáculos de procedimiento que se detectaron es el diligenciamiento de la documentación, los problemas de reconocimiento internacional y los retrasos asociados al procedimiento. Se encontraron además dificultades para cumplir con las certificaciones de los productos, en donde los principales obstáculos de procedimiento son las demoras en el proceso y el comportamiento arbitrario de los funcionarios con respecto a la clasificación y valoración del producto.

Tanto en el caso del registro como en el de la certificación de producto, las entidades involucradas en los casos referidos por los empresarios son el Invima y el ICA que ciertamente cumplen roles determinantes al respecto. Manifestaron los

entrevistados que muchos de los problemas que están presentando los trámites aduaneros tienen que ver con los controles que se hacen por el narcotráfico, aunque no cuestionan estos controles, sí la manera en la que se llevan a cabo, porque a veces son discriminatorios, arbitrarios y sin razones objetivas retienen o dañan las mercancías.

Colombia pues se está adentrando por el camino de la internacionalización de su economía, para que sus productos salgan libremente y de igual manera lleguen los de otras naciones, pero la normatividad y los trámites cotidianos parecen ir en contravía de estas pretensiones, resultando necesarias algunas transformaciones legales y culturales que finalmente terminen por beneficiar la economía y el desarrollo del país.

Análisis y discusión

El presente análisis y discusión se construye a partir de la aplicación de los métodos y técnicas de recolección de información detalladas en la metodología: consultas de fuentes bibliográficas, análisis de las leyes y la jurisprudencia a nivel nacional y entrevistas a empresarios dedicados a las importaciones. Es importante empezar por reconocer que a pesar de que la normatividad sobre importaciones en Colombia cuenta con leyes y decretos que la regulan, manuales de aplicación y de funciones, aún existen vacíos de interpretación, lo que dificulta el comercio exterior. La mayor problemática que viene presentando el ingreso de mercancías al país se presenta en el momento de la nacionalización.

La indagación permitió encontrar que es la inadecuada clasificación del producto importado lo que conlleva a múltiples dificultades para el importador. Cabe recordar que la clasificación arancelaria para los países pertenecientes a la Comunidad Andina de Naciones, CAN, consta de 8 dígitos, para Colombia se ajusta a 10 dígitos; y para el resto de los países únicamente, son 6.

Cuando una mercancía está mal clasificada la DIAN suspende el levante y hay que analizar cuál fue el error en la clasificación, si se clasificó mal y dejó de pagar impuestos, deben cancelarse los impuestos dejados de declarar y la sanción por los

dejados de declarar; esta sanción actualmente está en 15% sobre lo dejado de pagar. El importador tiene 5 días para enmendar el error o de lo contrario perderá la mercancía, quedando a disposición de la DIAN.

En el caso de que la DIAN clasifique mal un producto, si el importador no está de acuerdo con dicha clasificación, puede apelar esa decisión, envía una muestra al laboratorio, para que de allí salga el concepto técnico, (este proceso es largo). Si el importador tiene la razón, la DIAN no le reconoce el tiempo perdido, el bodegaje, los costos que se generaron, sólo reversa la decisión y no le toca pagar lo que la DIAN le notificó, por el cambio de la partida arancelaria. En este caso el importador tiene una desventaja grande, porque aunque tenga la razón, los costos que incurre para defender su producto no son reconocidos por la DIAN. Se puede entablar una demanda contra la DIAN, como ente jurídico y ésta debe repetir contra el funcionario responsable.

Las dos anteriores situaciones dan cuenta de las dificultades que aún presentan los procesos de incorporación de Colombia a un proceso amplio de apertura de sus mercados. Se encontró que los funcionarios de la DIAN a veces son muy radicales al cumplimiento de la norma que tiene algunos vacíos y demasiados formalismos de procedimiento y esto afecta a los usuarios aduaneros y por ende al comercio exterior.

La expedición del nuevo Estatuto Aduanero para Colombia, es un paso definitivo que se convertirá en una herramienta fundamental, para que los empresarios puedan mejorar la competitividad de sus operaciones de comercio exterior, lo cual puede repercutir en menores costos y en mayor crecimiento y generación de empleo en la economía, al tiempo que se posesiona el país a nivel internacional como una nación con la cual es factible emprender intercambios comerciales y pactar Tratados de Libre Comercio.

El nuevo estatuto incorpora herramientas que facilitan las formalidades aduaneras y la logística de manejo de la carga, mejorando así la competitividad de las empresas del país, mediante la reducción de tiempos y costos. Por ejemplo, el retiro de una mercancía que dura unas 272 horas, se reduce hoy a un máximo de 48 horas.

Ante las anteriores situaciones y procurando mejorar las condiciones del país para su inserción en la economía internacional a partir de una normatividad más flexible y acorde con la era de la globalización es importante que el país tecnifique en mayor medida sus puertos y aduana, para lo cual debe sistematizar todos sus procesos y expedir una normatividad más operativa en materia de importaciones y exportaciones, pero más radical con las actividades ilegales (contrabando).

Es necesaria una mayor capacitación en todos los estamentos implicados en los procesos de comercio exterior, pues ello facilitaría el ingreso y salida de mercancías, haría más sencilla la detección del contrabando y motivaría a empresarios a vincularse con mayor regularidad a actividades económicas con otras naciones.

Los importadores autorizados para actuar como declarantes ante la DIAN, deben conocer las normas aduaneras, porque deben actuar a través de sus funcionarios acreditados ante ella; los importadores no autorizados deberían asesorarse de una Agencia de Aduanas que los represente. Es necesario que quienes están al frente de los procesos de importación estén debidamente capacitadas con título universitario en comercio exterior o negocios internacionales y experiencia en el mismo campo, lo que facilita el desarrollo de estas actividades a los comerciantes del país; siendo controlar y facilitar las grandes prioridades para desarrollar el estatuto aduanero.

La evasión tributaria y el contrabando deben considerarse defraudaciones fiscales que lesionan gravemente la economía nacional, la competencia leal entre los diferentes agentes, las transacciones comerciales, el comercio internacional, el régimen cambiario, la política laboral y la industria nacional, pero pese al fin constitucional que se persigue con la sanción penal del contrabando, las medidas punitivas no dan muestras de ser una real solución al problema, pues se ha demostrado que la penalización no ha producido los resultados esperados.

Normas como la Ley 383 de 1997, que se propuso fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, no han sido el camino idóneo para lograrlo, pues no han conseguido el efecto intimidatorio y disuasivo que sus disposiciones puedan tener sobre

el comportamiento de los ciudadanos. La experiencia ha demostrado que la lucha contra este tipo de fenómenos es más eficaz cuando la ejecutan las entidades administrativas especializadas de policía, es decir, las autoridades de aduanas, pues el régimen contravencional debe referirse a reprimir aquellos hechos que conllevan simplemente el riesgo de violar un determinado bien jurídico, en tanto que el evento penal se configura frente a violaciones, como ocurre en todas las modalidades del delito imperfecto (tentativa, frustración, delito imposible, etc.).

Es obvio que el contrabando no conlleva un daño simplemente potencial, sino real en relación con los bienes jurídicos que protege, y por consiguiente, su propia naturaleza participa de la condición que más caracteriza el ilícito simplemente contravencional. Si bien hay imprecisiones y fallas en el procedimiento administrativo, resulta más conveniente estudiarlas y propender por perfeccionar este mecanismo en lugar de sancionar penalmente la conducta.

El problema del contrabando no se soluciona con sanciones más drásticas; la función persuasiva de la pena que se esperaba con su tipificación penal no ha cumplido su cometido. El contrabando sigue siendo una actividad bastante lucrativa pese al trabajo e intervención conjunta de la DIAN, las autoridades policivas y la Fiscalía. No tiene sentido que exista un doble despliegue de autoridades administrativas y penales, pues esto no hace más que generar un mayor desgaste, pudiendo centrar y aunar más esfuerzos para el plano netamente aduanero, si se tiene en cuenta que en un Estado garantista como el colombiano, al menos constitucionalmente, el derecho penal debe ser empleado como última alternativa (*ultima ratio*), ante el fracaso de los demás medios de control social.

Hay que tener en cuenta que el contrabando no se ataca con políticas de choque y/o coyunturales, para ello son necesarias intervenciones mucho más complejas y a largo plazo donde se tengan presente aspectos no sólo económicos sino también sociales como un mejor manejo de impuestos, actualizaciones al sistema tributario y aduanero, tecnificación y modernización de las aduanas, capacitación de sus funcionarios, mayores soportes técnicos, acuerdos entre aduanas para cruces de información,

campañas educativas frente al contrabando, entre otros, como estrategias para fortalecer el control aduanero y para desestimular el contrabando (MinCit, 2016).

Se recomienda igualmente que es positivo que se revise en detalle los procesos y procedimientos previos a la salida de mercancía por las aduanas, debido a que los empresarios de distintos sectores productivos reportan un gran número de obstáculos de procedimiento, que involucran a funcionarios de las aduanas y a la Policía Antinarcóticos. Finalmente es posible afirmar que es necesario tener una mentalidad mucho más integral a la hora de plantear la normatividad que ha de regular las aduanas en Colombia, de tal manera que se facilite no sólo la entrada y salida de mercancías, sino que también desde ellas se promueva el desarrollo cultural del país. Mejorar los trámites aduaneros tiene sentido sí y sólo si está al servicio de las necesidades humanas, no sólo del capital, pues como se cuestionaba un dirigente centroamericano cuando veía llegar tractores a las costas de su país, mientras no se mejoraban las condiciones educativas del mismo: *¿Para qué tractores, si no hay violines?*

CONCLUSIÓN

El producto que alcanza su fase preliminar en estas conclusiones, ha enfatizado su línea de exploración en el ámbito de la transformación de la legislación aduanera en Colombia. Globalización y Legislación, así desde esta exploración se ponen en consideración hallazgos y discusiones que a su vez generan expectativas para nuevas investigaciones.

De acuerdo con los hallazgos, la globalización entendida como una tendencia integradora de los mercados en occidente, pone en alerta la gestión del Estado. Esta, la idea de globalización se comprende como un proceso que en las tres últimas décadas del siglo XX, define criterios de exportación e importación, haciendo del Estado un ente facilitador en la dinámica logística y normativa. Los procesos comerciales a partir de entonces estarán regulados por las oficinas de aduanas, en el marco de convenios, tratados bilaterales y multilaterales, que respondan a una lógica de mercadeo común en la definición internacional de regiones.

Organizaciones internacionales reconocidas dentro del tratado de Kyoto, el Pacto Andino, la OIT, la OMC y la OEA, se constituyen en la expresión globalizante para el siglo XXI, y como factor mediador de todas estas tendencias integradoras, todo un sistema de tecnologías se pone en función de principios que en la normatividad colombiana (Decreto 390, 2016), se identifican en los conceptos de justicia, tipicidad, cadena logística, eficiencia como parte de la participación del Estado en el proceso globalizador, tanto de los mercados y dentro de las economías en materia de importación y exportación de mercancías.

Los mercados globales soportados en el tejido de macroeconomías, establecen criterios de intercambio, sin los cuales las ideas de integración colapsarían en frente a cualquier intento de consolidación intercultural, desarrollo o regulación objetiva -si la hay- del efecto migratorio, producto de la presión territorial y los conflictos internos de

las naciones, como producto de la globalización actual. En ese sentido, esta experiencia de investigación ha permitido reconocer dentro de muchos conceptos que la globalización es un fenómeno económico, tecnológico, político y cultural; es decir, es un proceso dinámico y articulado de integración entre muchos Estados.

En lo económico se caracteriza por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial, donde aparecen las multinacionales, la libre circulación de capitales y la sociedad de consumo. Ante este fenómeno es imposible que las naciones se marginen, toda vez que lo que impera es la interdependencia de los países.

En Colombia la globalización es evidente para una sociedad que produce y lucha por encontrar un lugar en los negocios internacionales. Es por ello, que existe una legislación de aduanas, cuya revisión aún no se haya terminada, con el agravante que la globalización cambia frenéticamente las formas de integración internacional.

Desde esta perspectiva se considera que el país avanza con una generación de expertos a quienes se les reclama la divulgación de sus experiencias y conocimiento en materia de negocios internacionales. Así pues, el país necesita legitimar sus resultados económicos y sociales en beneficio de la sociedad.

Así, en el siglo XX, se consolidó la integración de Colombia en los mercados internacionales, dinámica que ha demandado la producción de una legislación específica y cambiante según los requerimientos del mercado. En este orden de ideas, Colombia no se ha preparado para la globalización en toda su magnitud. Por ende, el Estado y otros organismos internacionales han de propiciar cambios en las políticas públicas, y las relaciones internacionales, según los intereses sociales de los gobiernos y la población en general.

Por lo tanto, es consecuente, que las organizaciones mundiales como la Organización Mundial de comercio (OMC), la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Comunidad Andina y las multinacionales ejerzan presiones al Estado para que implemente medidas y derogue normas, como acciones

fundamentales en la aspiración de alcanzar una buena calificación en la economía mundial.

Es en este punto donde la certificación legislativa compromete las políticas de producción nacional, sus procesos de exportación e importación, y las posibilidades de permanencia y éxito en los mercados de los productores nacionales. En ese sentido, los productos nacionales pueden conquistar los mercados externos y responder a las políticas de acreditación internacional en términos de presentación del producto, contenido, composición, protocolos de embalaje, estandarización y homologación de normas. De lo contrario, sin la homologación de normas extranjeras, y sin el conocimiento de la normatividad internacional, las empresas desaparecerían del contexto mundial.

Es por lo anterior, que es importante la labor de instituciones reguladoras, entre ellas la DIAN, por sus controles aduaneros con fines de evitar el contrabando, la evasión, el dumping y otras medidas – arancelarias y no arancelarias- desleales. En el caso de Colombia, las medidas legislativas actuales se muestran insuficientes, asimismo, los funcionarios de la DIAN se muestran carentes de preparación ante los cambios legislativos. Esa es la razón de los errores consecutivos que se presentan día a día, y que le causan enormes pérdidas al estado.

Así, se trabaja desde una lógica absurda de error-error, porque a medida que ocurren los problemas se van resolviendo. Por lo anterior, la globalización exige un acercamiento con mayores condiciones científicas para poder enfrentar las dialécticas de mercado, especialmente en las áreas fronterizas y en las zonas aduaneras especiales.

Frente a esta crisis, el presente trabajo encuentra justificación por cuanto analiza las formas en las que los importadores y exportadores se aprovechan de las falencias y lagunas normativas para incumplir y evadir impuestos y procedimientos. Así, las cosas, se reconoce la necesidad de interpretar la normas en beneficio de encontrar mayor cumplimiento en el desarrollo de las políticas globalizadoras.

Se reconocen a la fecha, los detrimentos económicos ocasionados por la evasión por parte de inversionistas y comerciantes, quienes especulan en sus negociaciones. En ese orden de ideas, no se desconoce, que el Estado Colombiano ha realizado grandes esfuerzos para disminuir dicha evasión de impuestos y el contrabando. No obstante, aún queda mucho por hacer.

Siendo así, es recomendable que con la apertura de los mercados a los que tiene acceso Colombia y sus productores, tanto los importadores como los exportadores deban participar en procesos de formación constante que incluyan actualización frente a la normatividad, estudio de tendencias y proyecciones, para de esta manera estar alineados con el ordenamiento y el sistema internacional vigente.

En torno a esto, el estado Colombiano en su necesidad de resolver los problemas aduaneros actuales, va materializando soluciones a través de la aplicación de los decretos en vigencia. Por ejemplo, el Decreto 2685 de 1999, que modifica la Legislación Aduanera en el país ha sufrido modificaciones y adiciones para lograr alcanzar una precisión conceptual que a la larga funcione para garantizar el cumplimiento de la norma en asunto de abandono legal, abandono voluntario, aduana de partida, aduana de paso, aduana de destino, agente de carga internacional, autoridad aduanera, entre otros aspectos.

Específicamente, se espera que con la expedición del Decreto 390 de 2016 se subsanen la gran mayoría de los vacíos jurídicos que presentaba la legislación aduanera anterior. Igualmente, se espera que el personal de aduanas, que por contratación estatal es en su gran mayoría de libre remoción, se actualice en las nuevas prácticas aduaneras. Aunque a decir verdad, hay que reconocer que el estado no tiene las herramientas para prever muchas infracciones aduaneras y que aunque el estado legisle y promulgue normas pertinentes, no se cuenta aun en el país con la capacidad para hacer cumplir la ley.

Como se ha venido expresando, la globalización de mercados hoy –más que nunca antes- atraviesa esferas supranacionales que requieren de un alto nivel de

competencia en todos los campos. De conformidad con los aspectos analizados a lo largo de este estudio es estimable que en Colombia quedan expectativas para investigaciones de larga envergadura en términos de legislación aduanera.

Queda pendiente, por lo tanto avanzar en la formación en lenguajes aduaneros y su incidencia dentro del sistema internacional de mercados, tal como lo expresa la ley: “que se requiere compilar, modernizar, simplificar y adecuar la regulación aduanera a las mejores prácticas internacionales, para facilitar el comercio exterior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales” (Decreto 390/2016).

Finalmente, cabe decir, que prospectivamente se trabaja por crear unos escenarios a futuro favorecedores de los empresarios y sus empleados, quienes trabajan por dar a conocer nuestros productos en el exterior, así como por atraer inversión extranjera directa. Otra expectativa futura es la de alcanzar una óptima capacitación legislativa con fines de dominar los criterios aduaneros indispensables para participar en el contexto internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Bejarano, J. (2011). *Estudios Económicos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bustamante, S., & Mercado, L. (2014). *Impacto del Nuevo Estatuto Aduanero sobre los procesos y procedimientos en la Importación y exportación de mercancías en Colombia*. Cali: Universidad Icesi.
- Camargo, J. (2013). *Legis*. Obtenido de <http://www.legis.com.co/informacion/colombia/aplegis/NuevaLeyMrcodeAduanas-JuanManuelCamargo.pdf>
- Carnelutti, F. (2011). *Metodología del Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis, S. A.
- Castells, M. (2006). *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza Editorial.
- Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 1991).
- Copete, J. (2013). *Potencia y límites del derecho a la educación. El caso de Bogotá en el período 2002-2009*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Courtis, C., & Atienza Rodríguez, M. (2006). *Observar la Ley: Ensayos de Metodología de la investigación jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- Cusguen, E. (2000). *Evasión y contrabando*. Bogotá: Profitécnicas.
- De Sousa Santos, B. (2006). Globalización y democracia. *Diálogos: Educación y formación de personas adultas*, 70-80.
- Decreto 390, Estatuto Aduanero (2016).

- Delgado, C. (2000). *La libertad de comercio exterior*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- DIAN. (2017). *Dirección de impuestos y aduanas nacionales*. Obtenido de <http://www.dian.gov.co/contenidos/servicios/publicaciones.html>
- DINERO. (2015, Junio 19). 'Tramitología', el gran problema del comercio exterior. *DINERO*, p. 1.
- García, J. (2008). *Ensayos sobre comercio exterior y desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Banco de La República.
- Gómez, A. (2016). Globalización y desarrollo económico, Colombia como caso de estudio. *Revista Universidad Eafit*, 34-67.
- Legiscomex. (2017). *Legiscomex*. Obtenido de <https://www.legiscomex.com/>
- López, J. (2010). *Procedimiento administrativo aduanero sancionatorio del contrabando*. Medellín: UdeA.
- Max-Neef, M. (2008). *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Ibagué: Unibague.
- MinCit. (7 de Marzo de 2016). *Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*. Recuperado el 10 de marzo de 2017, de www.mincit.gov.co
- Ospina, E., & Ospina, G. (2002). *Teoría General del Contrato y del Negocios Jurídico*. Bogotá: INTERCODEX.
- Ravassa, G. (2004). *Derecho Mercantil Internacional*. Bogotá: Santo Tomás.
- Rivero, N. (2014). *Los derechos antidumping en Colombia: ¿una herramienta para la protección de la producción nacional?* Medellín: UdeA.

Robledo, Y. (2015). *Principales características del contexto aduanero para las empresas colombianas respecto al intercambio comercial con la Unión Europea*. Medellín: UdeA.

Saenz, E. (2002). *Colombia años 50: industriales, política y diplomacia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sentencia 284 (2010).

ANEXO

PROTOCOLO DE ENTREVISTA APLICADO A FUNCIONARIOS DE EMPRESAS DE MEDELLÍN DEDICADOS A LA IMPORTACIÓN DE MERCANCÍAS

1. ¿La empresa que representa ha encontrado dificultades en la legalización de mercancías importadas que llegan a las aduanas del país?
2. En caso de haberlas presentado, ¿a qué las atribuye?
3. ¿Debe hacerse una revisión de la normatividad colombiana en materia de importaciones?
4. ¿Considera que los funcionarios de la DIAN conocen a plenitud y saben aplicar las normas?
5. ¿Considera que los funcionarios de la DIAN son ágiles para determinar dificultades en la mercancía que ingresa al país?
6. ¿Para usted la legislación aduanera y tributaria tiene vacíos interpretativos?
7. ¿Cree que los comerciantes importadores sí conocen lo suficientemente las normas tributarias y de aduanas?
8. ¿Cuáles considera son las dificultades que más presentan las aduanas colombianas a la hora de importar productos y mercancías?