

**La necesidad del control judicial posterior en la aprehensión material de mercancías
adelantadas por las autoridades aduaneras en Colombia**

Juan Pablo Castaño Franco

Asesor: Miguel Ángel Cortés García



Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLA)

Facultad de Derecho

Medellín (Antioquia, Colombia)

2020

**La necesidad del control judicial posterior en la aprehensión material de mercancías
adelantadas por las autoridades aduaneras en Colombia**

Juan Pablo Castaño Franco

Monografía presentada para obtener el título de Abogado



Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLAULA)

Facultad de Derecho

Medellín (Antioquia, Colombia)

2020

Nota de aceptación

Presidente del jurado _____

Jurado 1 _____

Jurado 2 _____

Fecha _____

Dedicatoria

Dedico este trabajo monográfico, a Dios y a mis padres que fueron mi inspiración y mi apoyo incondicional, en este largo camino, de inconmensurable trayecto.

Agradecimientos

Gracias infinitas a la Universidad Autónoma Latinoamericana, sede Medellín por brindarme, no solamente el conocimiento, sino una formación integral, donde los valores morales se enarbolan en sinergia, con el arte puro del saber.

Tabla de contenido

Resumen.....	1
Abstract.....	2
Introducción	3
Aspectos históricos de las aduanas	7
Capítulo I	
Juez de control de garantías en el Estado social de derecho.....	10
La relevancia del Estado social de derecho como fundamento del ejercicio de la autoridad....	10
Control judicial posterior por parte del juez de control de garantías	17
Juez de control de garantías en la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal	20
Juez de control de garantías en la Ley 1801 de 2016 Código Nacional de Policía	24
Capítulo II	
Marco legal del régimen aduanero en Colombia	26
Autoridad aduanera en Colombia.....	26
Control previo en el régimen aduanero	30
Presentación y aceptación de la declaración aduanera	31
Determinación del levante.....	32
Retiro de la mercancía.....	33
Papel de la DIAN y la POLFA en la aprehensión material y decomiso de mercancías.....	34
Capítulo III	
Análisis de los resultados.....	39
Capítulo IV	
Planteamiento de la propuesta	43
Conclusiones.....	46
Referencias.....	48
Anexos	53

Resumen

En desarrollo de la Ley 1609 de 2013 se expidió el Decreto 1165 de 2019 por medio del cual se dictan normas referentes a las relaciones jurídicas entre las autoridades aduaneras y quienes intervienen en el ingreso, permanencia, traslado y salida de mercancías en el territorio aduanero nacional; esta normativa establece el procedimiento administrativo por medio del cual se lleva a cabo la aprehensión material y el decomiso de mercancías como sanciones aduaneras. En lo referente se presentan discrepancias entre los usuarios y las autoridades de control, es por esto que se analiza la necesidad de incorporar en el régimen aduanero la actuación de un juez de control de garantías que verifique la legalidad en la imposición de la aprehensión material como medida cautelar, y así materializar prerrogativas constitucionales en los procedimientos administrativos.

Palabras claves: control judicial posterior, autoridades aduaneras, aprehensión material, decomiso de mercancías, juez de control de garantías.

Abstract

In development of Law 1609 of 2013, Decree 1165 of 2019 was issued, through which regulations are established regarding the legal relations between the customs authorities and those involved in the entry, permanence, transfer and departure of goods in the national customs territory; This regulation establishes the administrative procedure by means of which the material seizure and the decomposition of merchandise are carried out as customs restrictions. With regard to presenting discrepancies between users and control authorities, it is for this reason that the need to incorporate in the customs regime the action of a Guarantee Control Judge who verifies the legality in the imposition of the Apprehension is analyzed. Material as a precautionary measure, and thus materialize constitutional prerogatives in administrative procedures.

Keywords: subsequent judicial control, customs authorities, material apprehension, seizure of merchandise, judge of control of guarante.

Introducción

La presente monografía aborda el Decreto 1165 de 2019 respecto del procedimiento administrativo por medio del cual las autoridades aduaneras adelantan la aprehensión material y el decomiso de mercancías que presentan irregularidades en su legal importación, permanencia y circulación en el territorio aduanero nacional, la aprehensión material es definida por el artículo 3 ibídem como medida cautelar consistente en la retención de mercancías, unidades de carga o medios de transporte, mientras que el decomiso es el acto en virtud del cual los bienes pasan a poder de la nación.

La aprehensión material y decomiso de mercancías, también puede ser entendida como un medio de control adelantado por las autoridades aduaneras en Colombia con el fin de proteger los derechos de los comerciantes y propender por la protección de la economía nacional, sin embargo, en los procedimientos administrativos adelantados por la Policía Fiscal y Aduanera (en adelante POLFA) se derivan un conjunto de actos que ponen en riesgo la estabilidad fiscal, económica y social del país.

Es así, como esta monografía surge por el interés de encontrar una solución jurídica a la inconformidad del sector empresarial por las actuaciones de la POLFA, en donde la autoridad exige dádivas para no retener los contenedores que salen de los puertos aduaneros, para ello, y con el fin de conocer a profundidad el problema se realizaron 2 entrevistas a importadores del sector ferretero y del sector químico, respectivamente, quienes mencionan cuál es el proceso de negociación para el tránsito libre de las mercancías, estas entrevistas se encuentran en los anexos de la presente monografía.

Durante el trabajo de campo, también se buscaron entrevistas a funcionarios de la POLFA y la DIAN para que se pronunciaran respecto de la inconformidad de los empresarios, sin embargo, no fue posible debido a que era necesaria la autorización de altos directores de la institución, existiendo el obstáculo para conocer la apreciación del tema. A pesar de lo anterior, una de los jefes de fiscalización de la DIAN se refirió a la necesidad de un tercero imparcial como un juez constitucional en la medida cautelar de la aprehensión material, aunque no permitió que se le grabara.

Así las cosas, es de considerarse que una de las causas de este flagelo, es la falta de un control judicial posterior por parte de un juez de control de garantías, que permita dentro del término de 36 horas la verificación del procedimiento aduanero para su respectiva legalización, lo que permitiría al empresario, aportar toda la documentación ante el respectivo juez constitucional, para verificar el cumplimiento de todos los requisitos y evitar pérdidas económicas por la actuación de la autoridad aduanera, quienes tendrán que justificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la aprehensión material de las mercancías, sin embargo, se realizó una entrevista a una juez de la república para que ofreciera su apreciación en derecho, esta entrevista se encuentra en los anexos de esta monografía.

Luego, por medio de esta investigación, surge la siguiente pregunta ¿De qué manera, la incorporación al régimen aduanero de un control judicial posterior sobre la aprehensión material de mercancías por un juez constitucional, puede brindar garantías al sector empresarial en los controles posteriores adelantados por las autoridades aduaneras?

Con el fin de encontrar una solución a la pregunta formulada, los objetivos que orientaron el presente trabajo, a manera de guías metodológicas, para trazar el curso de la investigación se describen de la siguiente manera:

1. En primer lugar, el objetivo general de la presente investigación consistió en plantear la necesidad de incorporar en el Régimen Aduanero, un Control judicial posterior a la medida cautelar de la aprehensión material de mercancías que lleva a cabo la POLFA en las vías del país, con el fin de impartir solución al problema planteado y en aras de generar confianza en las relaciones jurídicas del Estado y sus asociados.
2. En Segundo lugar y para desarrollar el objetivo general, se llevaron a cabo los objetivos específicos que giraron en torno a la implementación de figuras jurídicas en el régimen aduanero, contempladas en otras normativas, pero que, por la experiencia judicial han sido de gran importancia para la materialización de prerrogativas constitucionales. Dichos objetivos específicos que se plantearon, fueron los siguientes:

- a) Examinar la naturaleza jurídica del juez de control de garantías en el ejercicio constitucional de control judicial posterior en los procedimientos judiciales y administrativos y su importancia en el Estado social de derecho.
- b) Examinar el marco legal del régimen aduanero en Colombia referente al proceso administrativo de importación de mercancías y su posterior control por parte de las autoridades.
- c) Analizar las entrevistas realizadas a comerciantes de la ciudad de Medellín, para comprender las realidades de hecho que se presentan en el país y de esta manera,

observar la importancia de implementar en el procedimiento administrativo de aprehensión material de mercancías, la figura constitucional de un juez de control de garantías.

- d) Plantear la propuesta jurídica de implementar en el régimen aduanero, el control judicial posterior frente al procedimiento administrativo que lleva a cabo la POLFA, para que un juez de control de garantías verifique la legalidad, así como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar.

Ahora bien, la presente investigación es cualitativa, se realizó desde una perspectiva crítica y reflexiva con un enfoque hermenéutico, exploratorio y propositivo que permite comprender la importancia de contar con herramientas garantistas que aseguren el respeto al debido proceso, la prevención de actos de extorsión y corrupción por parte de las autoridades fiscales y aduaneras, y la preservación del Estado social de derecho.

Lo anterior, en concordancia con algunos autores que han planteado que una investigación jurídica tiene que generar cambios importantes en la práctica cotidiana, con el fin de mejorar los procesos y transformar las relaciones entre ciudadanos y autoridades, en oportunidades de fortalecimiento de valores y creencias, experiencias y situaciones concretas de la vida personal y del componente social, con la intención de que los mismos sujetos intervengan en la comprensión de los procesos jurídicos, atribuyéndoles significados y sentidos concretos a sus problemas y a las formas de plantearlos y resolverlos¹ (Díaz, 2016).

¹ La presente guía de investigación se inspira en el libro: *Cómo iniciarse en la investigación. Una guía para empezar a investigar en la universidad*, de María de los Ángeles Fernández Flecha y Julio del Valle Ballón.

Finalmente, con fundamento en lo esbozado en esta introducción, como agentes transformadores de cambios en la forma de entender y comprender el acto jurídico estamos llamados a iluminar la conciencia de la sociedad y orientarla hacia la construcción de un camino que permita mejorar las relaciones jurídicas entre los asociados y las autoridades, basadas por la garantía legal y constitucional.

A continuación, se presenta un suscito recuento de la historia de las aduanas en el mundo con el fin de comprender nuestras instituciones públicas como la DIAN y la POLFA.

Aspectos históricos de las aduanas

Asomarse a la historia de las Aduanas en el mundo, es poder comprender la magnitud de su papel en el desarrollo del control fiscal y de mercancías que ha marcado la historia de la economía de los países y se convierte en un eje central de las posteriores normas y leyes que van configurando una serie de elementos fundantes de los procedimientos aduaneros.

En un amplio recuento histórico, Basaldúa (2007) plantea el origen de las aduanas en las civilizaciones antiguas de Mesopotamia, Egipto, Roma y las vincula con el desarrollo del control del tráfico y transporte de mercancías, tanto al interior como al exterior de un territorio, que puede concebirse como Estado, Reino, la ciudad, el imperio, entre otras denominaciones territoriales.

De esta manera, la actividad o función principal de una aduana es la entrega y salida de mercancías, así como el pago de los impuestos respectivos, de lo que se deduce que su función es

estrictamente de control administrativo, razón por la cual realiza ejercicios de inspección, vigilancia, registro, procedimental, a fin de determinar las condiciones particulares de cada lote de mercancía que ingresa. Razón por la cual Basaldúa (2007) refiere que los puertos y las vías, por donde ingresan las mercaderías y los insumos comerciales, determinan el concepto de aduana como umbrales, que delimitan fronteras.

Basaldúa, (1988) las aduanas poseen el poder de observar el cuidado y manejo de los tributos, dentro de un Estado, es así como, en Egipto desde tiempos inmemoriales, establecía los controles, entendiendo éstos, como prohibiciones y manejo en materia fiscal, una figura clásica, originaria de la época faraónica, es el escriba, encargado de la tributación, la fiscalización, las vías de comercio y hasta funciones financieras del Estado. En Grecia entre tanto, surge la figura del llamado arancel, como forma de tributación. En Roma se toma el arancel y se transforma en tributos determinados, como el llamado aduana, surgen allí otras formas de tributación como el arbitrio y el peaje, muy utilizado hoy día.

De lo anterior se desprende que las aduanas como instituciones encargadas del control del tráfico de mercancías ha sido conservada a lo largo del tiempo, con el fin de asegurar el cumplimiento de todos los requerimientos y requisitos para importar o exportar mercancías, por lo que su función principal es la de vigilar el cumplimiento normativo y legal. Así es explicado por Luisa Fernanda Mora Mendoza, que plantea las principales funciones de la aduana a lo largo de la historia. En Grecia existía la figura denominada *Tenoleum* y en la era medieval el denominado *Tonlieux*. Que no es otra cosa que la representación del poder de recaudo del Estado, otra función es la restricción al paso y transporte de mercancías dentro y fuera del

Estado, la salida o entrada de bienes de comercio, con el fin de proteger la industria y economía internas y la seguridad de los Estados (Mora, 2015).

De lo explicado en los acápites anteriores, se deduce que a la par con el recaudo de impuestos de exportaciones e importaciones, históricamente la aduana se ha encargado de la protección de la productividad, el comercio y el intercambio entre naciones, bajo el criterio de la soberanía y el cuidado de los intereses económicos y comerciales, aspectos muy importantes que permiten determinar su importancia a lo largo del tiempo y en el control fiscal moderno, que requiere de una mayor vigilancia, pero cumpliendo a cabalidad las normas y las leyes correspondientes.

Pero también es importante resaltar que las actividades de restricción, prohibición, recaudo, entradas y salidas de las mercancías en las fronteras o a lo largo de las rutas comerciales en los países, han de estar sujetas estrictamente al cumplimiento de la normatividad vigente, por lo que cobra relevancia la conclusión a la que ha llegado Mora (2015) cuando predica que la función de la aduana no es únicamente el control, sino también la observancia de la Ley, además de la creación de protocolos que no vayan en contra del ciudadano o comerciante y en procura del bienestar económico y comercial del país.

Ahora bien, a continuación se presentan los capítulos que dan desarrollo a los objetivos planteados, iniciando con el rol del juez de control de garantías en el marco constitucional y legal.

Capítulo I

Juez de Control de Garantías en el Estado Social de Derecho

La relevancia del Estado social de derecho como fundamento del ejercicio de la autoridad

El hombre desde su aparición en el universo ha convertido su hábitat en un campo de conflictos, intereses, luchas y avances y su vida ha trascendido los tiempos y la historia en medio de grandes transformaciones y luchas, fundadas todas en el mejoramiento de las condiciones de vida y en la imposición de sus ideas y proyectos en la comunidad o grupo social en el cual le ha correspondido desenvolverse, sin que hasta el presente haya tenido la fortuna de encontrar el camino ideado para alcanzar su desarrollo integral y su proceso histórico de transformar el mundo. Pues la organización social, cualquiera que sea representa siempre un reto para la convivencia de los individuos, el respeto de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido cobra plena vigencia el desarrollo de las constituciones como elementos integradores, facilitadores de la convivencia y promotores de un Estado de derechos, fundando siempre en el respeto hacia los derechos humanos, la posibilidad de un equilibrio de poderes y el aseguramiento de las principales condiciones inherentes a la vida humana, “fundadas en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Constitución Política, 1991, art. 1).

Sin embargo, la historia del constitucionalismo no registra siempre la promoción de un Estado social de derecho en el estricto sentido de la palabra, por las mismas circunstancias en que la desigualdad social, económica y política no ha podido superarse, puesto que ha surgido un imperativo categórico en cualquier comunidad social que se conforme: el de la autoridad, como fuente integradora y ordenadora de la convivencia, del cumplimiento de las leyes y de la garantía de la paz y el orden en todos sus componentes.

Y ha sido precisamente el ejercicio de esa autoridad por parte de unos pocos el que ha generado tantas revoluciones y cambios a lo largo de la historia de la humanidad, puesto que los súbditos de ayer, con frecuencia han buscado la manera de sacudirse del yugo de la explotación, la marginación, la esclavitud, la injusticia y tantas formas de sometimiento que se han utilizado para la conservación del poder y los privilegios de los poderosos o el mantenimiento de los sistemas de gobierno, que han imperado en el mundo.

Por eso el constitucionalismo o doctrina constitucional ha tenido tantos cambios y transformaciones desde su aparición, porque se ha visto la necesidad de ajustarla cada vez más a la modernización de la sociedad y al conocimiento mucho más amplio de los derechos y deberes de los ciudadanos. Puede decirse que el punto de partida del Estado Social de Derecho, como resultado de la doctrina del Constitucionalismo, Fioravanti (2001) señala que históricamente la incansable búsqueda de un sistema que organizara, los poderes públicos, pero que al mismo tiempo los controlara, que la forma de gobierno fuera siempre en pro de los intereses de los administrados y que se generara un sentido de integración social, a todo nivel, es decir, que permitiera el reconocimiento de las libertades y los derechos de los ciudadanos.

Pero tales intenciones se vieron amenazadas frecuentemente por los diversos conflictos entre las clases sociales, que auguraron grandes enfrentamientos y generación de luchas y guerras entre todos para la construcción de una sociedad justa y equitativa. Según Fioravanti (2001) existe una condición que se radicaliza en el contexto social, generando conflicto, creando brechas en los sectores políticos.

Por eso se plantea entonces la aparición de doctrinas políticas que enmarcan los primeros postulados de un Estado de derecho que privilegia al ser humano por encima de los intereses económicos o políticos.

De esta manera la ciudad de Atenas surge como un paradigma, como la cuna de la democracia en el mundo, al sostener y reconocer el principio fundamental de los derechos para todos los ciudadanos, sin importar las clases sociales, los niveles de economía o las condiciones de vida: el único requisito era la ciudadanía, elemento fundamental y sobre el cual descansa toda democracia. Por eso proclamaba Fioravanti (2001) que en Atenas los ciudadanos se reunían en asamblea, con voz y voto, las decisiones eran tomadas en conjunto y con igualdad de todos sus miembros, todos los ciudadanos podían participar, es allí donde se denota el fundamento de la democracia en todo su esplendor.

¿Cuánto duró su vigencia?, ¿Cuáles fueron los resultados?, no se sabe con certeza pero lo que sí es verdad es que desde entonces las distintas sociedades en el mundo han tomado atenta nota de los postulados fundamentales de la democracia ateniense para formar sus constituciones a la luz de una igualdad, que si bien no se ha realizado todavía, sigue iluminando el camino de la humanidad en busca de un orden justo y equitativo, para encontrar el punto de equilibrio entre

los derechos y las obligaciones de los ciudadanos en cualquier Estado del mundo, con cualquier forma de gobierno.

De lo anterior surge un nuevo concepto de constitucionalismo y de Estado social de derecho, en el cual el sistema de gobierno y la forma de Estado no se impone por la fuerza, la violencia o la guerra, sino por el acuerdo de voluntades, por el consenso entre los ciudadanos, con la participación de todos en la formación de un contrato social que regule las diferentes relaciones entre los individuos y las autoridades, para alcanzar el orden legal justo, circunstancia a todas luces necesaria pero nunca puesta en práctica en ninguna sociedad, porque el afán de poder y de dominio ha impedido cualquier consenso, aún en las mejores constituciones del mundo, en las que se ha impuesto el interés de unos pocos, para desgracia de los demás ciudadanos, como puede encontrarse en la historia del constitucionalismo en todas las épocas, basados seguramente en los postulados de Aristóteles.

Fundado en los postulados Aristotélicos, indica que el fin último del gobierno, independiente de sus formas, es la búsqueda de la justicia y la legalidad, aunque la historia de estas formas muestre todo lo contrario, porque quienes las han defendido olvidaron el consejo del mismo Aristóteles, en el sentido no permitir la degradación a la búsqueda del interés particular, surgiendo la tiranía del soberano, la oligarquía de la clase noble en favor de los ricos (Fioravanti, 2001).

Pues es ciertamente las generaciones mencionadas por Aristóteles las que han rodeado las formas de gobierno y las constituciones de todos los tiempos y también las que han fortalecido la noción de Estado social de derecho que ha ido imponiendo con el desarrollo y modernización de las sociedades y los pueblos y sobre las cuales han actuado las mismas autoridades, para ejercer

la autoridad a su arbitrio con graves consecuencias para los ciudadanos. Por ello es fundamental analizar la característica propia de la edad media, que se relaciona según Fioravanti (2001) con las normas que regulaban los poderes públicos, en la época medieval, eran acomodadas al amaño del operador, quienes disponían de ellas a su antojo.

Desde el horizonte anterior, trasciende un aspecto fundamental que tiene que ver con la soberanía de los pueblos, definida como una característica de las sociedades modernas del Estado social de derecho propia de la mayoría de los ciudadanos de un país o una sociedad, lo que sin duda se convierte en el más importante avance en términos conceptuales de la forma de organización social y la delegación del ejercicio de la autoridad en los poderes públicos.

Aunque Fioravanti no establezca una definición clara y precisa de la soberanía si deja abierto el problema para los continuadores de la transformación, siendo Thomas Hobbes², quien da el paso decisivo en la configuración conceptual de la soberanía y de los aportes al constitucionalismo moderno, iluminado por tres grandes acontecimientos sucedidos en Inglaterra, según Fioravanti (2001): la muerte del soberano, supresión de la cámara de los Lores y génesis republicana.

Fioravanti (2001) con fundamento en Hobbes, identifica dos figuras la autorización por un lado y la representación, por otro. La primera identifica al pueblo que autoriza a un individuo a representarlo y la segunda implica la representación, pero en razón de los intereses del representado.

² Thomas Hobbes nació el 5 de abril de 1588 y falleció el 4 de diciembre de 1679, fue un filósofo inglés, cuya obra "Leviatán" (1651) estableció la fundación de la mayor parte de la filosofía política occidental. (Channel, 2020).

El nuevo concepto de la sociedad como pueblo es el que permitirá conseguir los grandes avances en el desarrollo de las sociedades modernas a partir del concepto de soberanía que desarrolla posteriormente Rousseau³, defendiendo siempre la necesidad de una constitución que garantice que la presencia del monarca, es necesaria pero con el fin último de garantizar el poder del pueblo (Fioravanti, 2001).

De ahí en adelante, los pueblos cansados de la opresión no tienen intenciones de seguir soportando el yugo y aparecen entonces las grandes revoluciones a favor de la libertad, la igualdad, la seguridad y la dignidad humana, fundadas en el respeto a los derechos humanos y al aseguramiento de las condiciones de vida dignas y estables de todos los individuos.

Los Estados Unidos sirven como preámbulo para la libertad en América y La Revolución Francesa inicia el camino de las grandes transformaciones del constitucionalismo al promover desde la Asamblea General la construcción de la Declaración de los Derechos Fundamentales del Hombre⁴, que se regará como pólvora por todos los caminos de América y del Mundo para sacudirse del yugo de la Esclavitud. Los americanos siguiendo su ejemplo aprenden sus lecciones y consiguen la independencia de América del dominio español y lo primero que hacen es formar una Constitución Política⁵, que, si bien no era perfecta, por lo menos sembró las semillas de la democracia en América Latina.

Colombia creada en 1821 plasmó en su constitución Política de ese año, los cimientos de una República que entre conflictos, reveses, progresos y modernización sigue proclamando un

³ Jean-Jacques Rousseau nació el 28 de junio de 1712 en Ginebra, Suiza y falleció en Ermenonville, Francia, el 2 de julio de 1778. (Sánchez, 2020)

⁴ Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 (Francia, 1789).

⁵ Constitución de Cúcuta 1821, Presidente del Congreso, Doctor Miguel Peña.

régimen democrático que se va fortalecimiento paso a paso, para promover un Estado social de derecho que garantice a todos los colombianos el goce pleno de sus derechos, el cumplimiento de sus deberes y le asegure:

Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 2)

Se garantiza siempre que:

La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 3)

Para garantizar los derechos de todos y la identidad en cuanto al respeto irrestricto a los procedimientos tanto penales, como civiles y administrativos.

De los anteriores planteamientos se deduce en consecuencia, la importancia del Estado social de derecho como fin y fundamento del establecimiento de las instituciones y de las autoridades, de su regulación en el ejercicio de sus funciones y de la prohibición de prácticas que atenten contra el derecho a la propiedad, los derechos humanos, el debido proceso y todas las prerrogativas, que contiene la Constitución sobre los derechos sociales, económicos y culturales, que configuran el respecto a la ley y la exclusión de prácticas extorsionistas y corruptas, de esta

manera en observancia a las garantías constitucionales se ha instituido la figura del juez con función de control de garantías para la verificación de derechos fundamentales, es así como en el siguiente apartado vamos a conocer su reglamentación constitucional y legal en los diferentes procesos judiciales y administrativos.

Control judicial posterior por parte del juez de control de garantías

Marco constitucional.

El Acto Legislativo 03 de 2002⁶ incorporó en la legislación nacional la figura del juez con función de control de garantías, con el fin de impartir solución a la categoría de juez y parte que desempeñaba la fiscalía, de esta manera mediante un control judicial previo y posterior se salvaguardan derechos fundamentales atendiendo a criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

En principio, el juez con función de control de garantías debe verificar si la afectación al derecho fundamental es razonable, es decir, si la afectación alcanza un fin constitucionalmente legítimo; necesaria, que no exista otro medio para alcanzar el fin buscado; y proporcional, que la medida impartida genere equilibrio entre el hecho y la afectación.

De esta manera, el señalado acto legislativo tiene como fundamento la separación funcional del ente persecutor de la función jurisdiccional, Torres (2017) señala que el control de

⁶ Acto legislativo 03 de 2002 adopto una nueva estructura en el proceso penal colombiano, siendo desarrollado por la ley 906 de 2004 con tendencia acusatoria.

Garantías separa lo investigativo de lo jurisdiccional, el primero es función del fiscal y el segundo del juez., esto con el fin de brindar seguridad jurídica en las decisiones judiciales.

En consecuencia, las actuaciones que se llevan a cabo dentro de los procedimientos administrativos y judiciales entran en tensión con el principio de inviolabilidad de derechos fundamentales, por ende, emanan la legitimidad del juez de control de garantías, a quien le corresponde dotar una decisión con fuerza vinculante para las partes, atendiendo siempre a la verificación del debido proceso.

Ahora bien, los procedimientos que realiza la DIAN, por intermedio de la POLFA, se aparta de estas prerrogativas constitucionales, al no establecer imparcialidad en las decisiones aduaneras, ni los parámetros para el tiempo que se requiere para el control posterior⁷, ni la autoridad idónea para hacerlo, pues en la actualidad, está en cabeza de la misma institución.⁸ Por consiguiente, dentro de los procedimientos administrativos que realizan las autoridades aduaneras pueden observarse violaciones al debido proceso.

De ahí la importancia de que sea un juez con función de control de garantías que con fundamento en las pruebas aportadas por la autoridad aduanera y los implicados, determine la legalidad del procedimiento y tome las decisiones que correspondan para ser ejecutadas por el jefe de la división de gestión de fiscalización competente, lo que asegura que cada procedimiento

⁷Art. 660 del Decreto 1165 de 2019 (Régimen Aduanero) establece que, una vez realizado el control posterior sobre la inmovilización de la mercancía se expedirá el mismo día el Acta de Aprehensión, es decir, la norma no establece un término para el control posterior.

⁸ En virtud de la Ley 1609 del año 2013 y del Decreto 1165 del año 2019, la autoridad competente para realizar el control posterior sobre las mercancías susceptibles de aprehensión o inmovilización es el Jefe de Fiscalización de la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), esto de acuerdo a los artículos 291, 293, 306, 307, 339, 578, 581, 596, 597, 598, 647, 650 y 721.

cuenta con un garante constitucional, verificando la razonabilidad, la proporcionalidad y la necesidad de las medidas adoptadas en el curso de los procedimientos aduaneros.

Es necesario resaltar, que la figura del juez constitucional dentro del régimen aduanero materializa principios constitucionales como el debido proceso, brindando seguridad jurídica para el sector empresarial, incentivando la legalidad en las importaciones y exportaciones, atrayendo la inversión extranjera y asegurando el crecimiento constante de las empresas en Colombia. Por ende, la propuesta no debe observarse como un enunciado literal, sino como un proyecto que debe materializarse.

Finalmente, uno de los elementos fundantes del Estado social de derecho es el cumplimiento de todas las prerrogativas del debido proceso en todos los actos de las autoridades. Así se ha establecido en la Carta al indicar que:

Las formas propias de cada juicio deben observarse en su integridad, tanto en las actuaciones judiciales como administrativas, para lograr el cumplimiento de todos los presupuestos legales, salvaguardando la presunción de inocencia y reconociendo la supremacía de los derechos de los ciudadanos. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 29)

En Sentencia C 223 de 2017 de la Corte Constitucional, se expresa la importancia de la Reserva Judicial y en Sentencia C 212 de 2017 se manifiesta que el Control judicial posterior no se puede excluir en ninguna circunstancia.

Ahora bien, dentro del marco penal los jueces penales municipales cumplen con esta función constitucional, veamos el sustento legal.

Juez de control de garantías en la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal

De tales previsiones constitucionales se concluye que fue voluntad del Constituyente: (i) radicar en cabeza de los jueces de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; sólo excepcionalmente y previa regulación legal que incluya los límite y eventos en que procede, la Fiscalía podrá efectuar capturas; (ii) facultar directamente a la Fiscalía para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, sometidos al control posterior del juez de control de garantías; (iii) disponer que en todos los demás eventos en que, para el aseguramiento de los elementos materiales probatorios, se requiera medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales deberá mediar autorización (es decir, control previo) por parte del juez de control de garantías. (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2014)

El Acto Legislativo 03 de 2002 incorpora en nuestra Constitución Política la figura del juez con función de control de garantías, actuando como un contrapeso a los poderes del Estado ejercidos a través de la Fiscalía General de la Nación, esta función es asignada en principio a los jueces penales municipales de conformidad con el artículo 250 de la C.P. y el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Actúan en aquellos eventos en donde puedan verse afectados los derechos fundamentales de las personas, como los contemplados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 250 de la Constitución y los enunciados en el Capítulo III, Título I del Libro II del Código de Procedimiento Penal, esto es, las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, artículos 246, 247, 248, 249, 250 ibídem, también se encuentran legitimados para

llevar a cabo el control judicial posterior de las actuaciones adelantadas por la fiscalía, esto es, las enunciadas en los artículos 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244 y 245 del Código de Procedimiento Penal y todas aquellas funciones que establece la Ley.

Estas normas jurídicas materializan prerrogativas constitucionales, buscan estabilidad jurídica y social, adecuando todos los procesos judiciales y administrativos en un orden legal justo, al respecto la Constitución Política de Colombia señala:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (1991, art. 28)

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante

la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(Constitución Política, 1991, art. 29)

Cabe mencionar, que dentro de los procesos penales siempre se suscitan conflictos de intereses, toda vez, que encontramos al imputado con el interés de que se respeten sus derechos tanto sustanciales como procesales y por el otro lado vemos como el Estado a través de la Fiscalía General la Nación en su persecución penal busca la sanción de los hechos que revisten características de un delito, es por esto, que mediante la figura de un juez con función de control de garantías se busca encontrar un equilibrio entre la persecución penal y los derechos de quien se encuentra inmerso en un proceso penal.

El sistema penal acusatorio exige de los intervinientes partes y no partes el respeto absoluto por la Constitución y la Ley, de ahí, que el representante de la fiscalía, el juez y el abogado defensor deben conocer los principios, derechos, procedimientos, roles, actuaciones que en él se incorporan, debido a que se encuentra en tensión la afectación de derechos fundamentales.

Luego, para el tema que nos ocupa es importante conocer la actuación del juez de control de garantías en la incautación con fines de comiso en el proceso penal, de esta manera se hace un suscito escrito legal.

Juez de control de garantías en la incautación con fines de comiso Ley 906 de 2004

El Decreto 1165 de 2019 establece la aprehensión material como medida cautelar y el decomiso al acto en virtud del cual los bienes pasan a poder la nación, sin embargo, en la Ley 906 de 2004 se menciona la incautación como medida cautelar y al comiso como el acto en virtud del cual los bienes pasan a poder de la nación. La incautación es mencionada en el artículo 14 como afectación al derecho de intimidad, en el artículo 83 como medida cautelar susceptible de comiso, como medida jurídica de suspensión del poder dispositivo y en el artículo 84 en donde se establece su trámite jurídico.

El comiso procede sobre los bienes o recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o aquellos que tengan posibilidad de ser utilizados en un ilícito penal, se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valorización económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales, incorporales, muebles, inmuebles, tangibles, intangibles, documentos e instrumentos, esto de conformidad con el artículo 82 ibídem.

Cuando la incautación con fines de comiso se adelante en desarrollo de orden escrita por la Fiscalía General de la Nación o en desarrollo de actividades de la policía judicial, el fiscal deberá solicitar audiencia de revisión de legalidad dentro de las 36 horas ante un juez de control de garantías, esto de conformidad con el artículo 84 ibídem. Esta medida también podrá ser solicitada en audiencia de legalización de captura o en audiencia de formulación de imputación, en todo caso, el fiscal siempre atenderá al interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

La administración de los bienes estará a cargo del Fondo Especial para la Administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación, con excepción de los bienes enunciados en el artículo 86 ibídem, sin embargo, los bienes señalados en los artículos 300, 306 y 307 del código penal procederán a su destrucción en los términos de la Ley y en presencia del fiscal y del ministerio público.

El juez con función de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo esto conforme a la petición del fiscal o quien tenga interés legítimo en la pretensión, esto de conformidad con el artículo 88 ibídem, las demás regulaciones en los artículos siguientes y en general todas las medidas cautelares establecidas en el capítulo III del título II del libro I del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, es necesario hacer precisión sobre las actuaciones del juez de control de garantías en los procesos del Estado, indicando que, no solo se circunscribe en los procesos judiciales sino también en los administrativos, veamos.

Juez de control de garantías en la Ley 1801 de 2016 Código Nacional de Policía

La Ley 1801 de 2016 es la normativa por medio del cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, tiene como objetivo promover el respeto, propiciar a la ciudadanía comportamientos que favorezcan la convivencia pacífica, establecer los procedimientos de la policía nacional y demás que establece el artículo 2 ibídem.

En el artículo 149 ibídem, se establece los medios de policía los cuales son definidos como “los instrumentos jurídicos con que cuenta las autoridades competentes para el

cumplimiento efectivo de la función y actividad de policía” dentro de los instrumentos mencionados encontramos la incautación como medida cautelar, la cual se surte por medio de procedimientos administrativos.

La incautación es definida por el artículo 164 ibídem en el cual establece que:

Es la aprehensión material transitoria de bienes muebles, semovientes, flora y fauna silvestre que efectúa el personal uniformado de la Policía Nacional, cuya tenencia, venta, oferta, suministro, distribución, transporte, almacenamiento, importación, exportación, porte, conservación, elaboración o utilización, constituya comportamiento contrario a la convivencia y a la ley. El personal uniformado de la Policía Nacional documentará en un acta el inventario de los bienes incautados, las razones de orden legal que fundamentan la incautación, entregará copia a la persona a quien se le incauten y serán puestos a disposición de las autoridades competentes en el término de la distancia y conforme al procedimiento que para tal fin establezca la Policía Nacional o las autoridades pertinentes de conformidad con la normatividad vigente. (Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana ,2016, art. 164)

Los bienes incautados serán puestos a disposición de la autoridad competente en el término de la distancia, esta autoridad es la Fiscalía General de la Nación quién debe solicitar audiencia de revisión de legalidad para que un juez de control de garantías verifique si la actuación de la policía nacional cumplió con las prerrogativas legales y constitucionales, esto de conformidad con la Sentencia 05001-60-00206-2018-8018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Magistrado Ponente Froilán Sanabria Naranjo.

Dentro de los hechos que enmarca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, observamos a miembros de la policía nacional penetrando el domicilio del señor Carlos Alberto Manrique, dentro del inmueble incautan 4 motores por configurarse el posible delito de falsedad marcaria, estos elementos son puestos a disposición a la fiscalía general de la nación para que esta autoridad solicite audiencia de revisión de legalidad, no obstante, a pesar de surtirse las audiencias preliminares como legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, la fiscalía no solicito la revisión de legalidad sobre la incautación con fines de comiso, resultando entonces que los elementos materiales probatorios fueran excluidos en una etapa posterior.

De esta manera observamos como la figura del juez de control de garantías se hace presente en las actuaciones que adelanta la policía nacional en virtud de procedimientos administrativos, específicamente cuando hay afectación a derechos fundamentales.

Esbozado el acápite anterior, iniciamos en el siguiente capítulo con el marco aduanero nacional, para comprender los procesos administrativos que se surten al interior de la DIAN para la legal circulación de mercancías en el país.

Capítulo II

Marco legal del régimen aduanero en Colombia

Autoridad aduanera en Colombia

En Colombia la autoridad que se configura y ejerce la función fiscal y aduanera es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, la cual fue creada por medio del Decreto 2117 de 1992, el cual estableció que la misma quedaría adscrita al Ministerio de Hacienda y

Crédito Público, como una Unidad Administrativa Especial, declarando en su contenido, la fusión entre la Dirección de Impuestos Nacionales (DIN) con la Dirección de Aduanas Nacionales (DAN) (DIAN, s.f.).

La fusión anterior llevó a que se establecieran un conjunto de características esenciales de la entidad, entre ellas el objeto, las funciones y las prerrogativas, siendo relevante indicar que hace el papel de coadyuvante en la seguridad fiscal de Colombia, administrando y controlando el cumplimiento debido de las diferentes obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, buscando la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.

En cuanto a las competencias, se tiene presente que las autoridades aduaneras conforme con los postulados contenidos en el Decreto 4048 de 2008 y en conformidad con las políticas, instrucciones y delegación que le otorgue el director general de impuestos y aduanas nacionales, deberán cumplir con la (I) la ejecución de distintos operativos para la prevención del contrabando, (II) la infracción cambiaria, (III) el apoyo del control aduanero, tributario y cambiario, para evitar la evasión y elusión fiscal, (IV) la retención de las mercancías y divisas que tengan el indicio de haber infringido el régimen aduanero o cambiario y que en tal caso, deben ser aprehendidas y puestas a disposición de la dependencia respectiva, previo al desarrollo del inventario, y las demás que se contemplan a lo largo del mencionado Decreto.

De igual forma, llama la atención que en el mencionado Decreto 4048 de 2008 en su artículo 35 se especifique concretamente las siguientes funciones, que corresponden en términos precisos a la policía judicial que, en el campo penal, tiene unas obligaciones precisas de poner a disposición de la autoridad competente, los elementos materiales probatorios que han sido

aprehendidos⁹. De acuerdo con este precepto normativo, a la policía fiscal y aduanera le corresponde:

1. Dirigir las actividades relacionadas con los operativos realizados por la Dirección de Gestión de Policía Fiscal y Aduanera, tendientes a la prevención y represión del contrabando, la evasión fiscal, las infracciones cambiarias y el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico de competencia de la DIAN.
2. Garantizar que el personal ubicado en las Divisiones de Gestión de Control Operativo ejerza el control posterior sobre las mercancías ingresadas al país en las vías de comunicación terrestre del territorio nacional y en los establecimientos de comercio abiertos al público, así como en aquellos lugares que el Director General de la DIAN autorice.
3. Ejercer las funciones de Policía Judicial, en los términos previstos por la Ley y remitir a las autoridades competentes, cuando sea necesario, los resultados de las investigaciones adelantadas.
4. Apoyar el ejercicio de las funciones de Policía Judicial, en los términos de las delegaciones que se efectúen de conformidad con la Constitución y la ley, de las áreas de fiscalización tributaria, fiscalización aduanera, cambiaria y fiscalización de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar de competencia de la Entidad, respecto de los delitos relacionados con la evasión fiscal, el contrabando, las

⁹ Ley 906 de 2004, artículo 84. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso. Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.

infracciones cambiarias y el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico de competencia de la DIAN, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación.

5. Solicitar el apoyo a los organismos de seguridad del Estado, con el fin de garantizar el cumplimiento de las acciones de control de competencia de la Dirección de Gestión de Policía Fiscal y Aduanera, tendientes a controlar el contrabando y la evasión fiscal.

6. Planear y ejecutar los operativos de control tributario, aduanero y de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por las entidades públicas del nivel nacional que solicite la Dirección de Gestión de Fiscalización.

7. Capturar, conforme con los procedimientos legales y sin perjuicio de las competencias de otras autoridades, a los presuntos responsables de las conductas punibles relacionadas con la evasión fiscal, el contrabando, las infracciones cambiarias y el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico de competencia de la DIAN.

8. Participar en la formulación de la política en materia de lucha contra el contrabando y la evasión. (Decreto 4048 de 2008, art. 35)

En tales condiciones, es importante precisar que, en el marco de dichas competencias, la POLFA tiene la función de policía judicial, que implica que lo que se aprehende en virtud de tales prerrogativas, ha de ser puesto a disposición de la autoridad competente, con el fin de poder darle control de legalidad, que dentro del nuevo régimen aduanero Decreto 1165 de 2019 corresponde a la seccional de fiscalización aduanera.

Ahora bien, una vez conocido el marco constitucional y legal de la DIAN y la POLFA, vamos hacer mención del control previo que desempeña la autoridad aduanera en los puertos del Estado, pues en principio es la verificación que se lleva a cabo a las mercancías que ingresan a territorio nacional, esto con el fin de comprender cuál es el sustento normativo de la aprehensión material de mercancías.

Control previo en el régimen aduanero

Se encuentra que las formalidades previas corresponden a un conjunto de requisitos que se exige en los puertos aduaneros para el ingreso de mercancías al territorio colombiano, de acuerdo con lo regulado en el **Decreto 1165 de 2019** los soportes generales son (I) La factura comercial o el documento que acredite la operación comercial, en esta factura comercial se encuentra el valor FOB que corresponde al valor de las mercancías en el país donde se adquieren, en base a este valor se calculan los derechos arancelarios, también se encuentra la descripción de las mercancías, las cantidades, y en general se debe cumplir con los parámetros señalados en el Decreto 1619 del año 2012.

(II) Bill of Lading, Conocimiento de embarque, también conocido como (BL) muestra el contrato de transporte entre el exportador y la naviera, es emitido por la naviera o su agente de carga, carta de porte o guía aérea según corresponda el transporte, esto de conformidad con los artículos 440 y 515 del Decreto 1165 de 2019. (III) Lista de empaque, tiene como objeto detallar las mercancías que viene en cada bulto, es emitido por el proveedor de origen, esto de conformidad con el artículo 3, 117, 213, 248, 251, 510 # 4, 536 # 3 y 556 del Decreto 1165 de 2019.

A parte de los soportes generales también se necesitan unos específicos, tales como (I) Póliza de seguro que ampare el transporte de la mercancía. (II) Registro o licencia de importación que ampare la mercancía, con el que se acreditarán los permisos, requisitos y autorizaciones a que haya lugar. (III) La declaración del valor y los documentos justificativos de ésta. (IV) La prueba de origen señalada en el respectivo acuerdo comercial, cuando sea requerido para la aplicación de disposiciones especiales o tratamientos preferenciales. (V) Poder o en su defecto endoso aduanero, cuando la declaración aduanera se presente a través de una agencia de aduanas. (VI) Cualquier otro documento exigido por normas especiales. (VII) Certificado de sanidad cuando hubiere lugar. (VIII) Declaración andina del valor y los documentos justificativos de esta. (IX) Certificado SUNIR de acuerdo a la Ley 233 de 1995. (X) Certificaciones especiales, soportes o documentos que exija la DIAN, esto conforme al artículo 117, 213, 229, 248, 510 del Decreto 1165 de 2019 y demás que establece la Ley para mercancías especiales.

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a observar el papel que desempeñan los usuarios aduaneros en el cumplimiento de las reglas para el ingreso de mercancías al territorio aduanero nacional.

Presentación y aceptación de la declaración aduanera

Para lograr la aceptación de la declaración aduanera, es necesario verificar el cumplimiento de los requisitos de Ley, que en los términos del artículo 179, 178, 171 del Decreto 1165 de 2019 es cuando se asigna el número y la fecha correspondiente, entre otros son: (I) Haber presentado la declaración en la oportunidad prevista. (II) Contar con los documentos

soporte, vigentes, con el cumplimiento de los requisitos legales a que haya lugar. (III) Acreditar el endoso en propiedad, cuando el nombre del importador sea diferente al del consignatario del documento de transporte. (IV) Tener la autorización como agencia de aduanas para operar en la jurisdicción donde se presenta la declaración aduanera. (V) Llenar en forma completa y correcta el formato o formulario de la declaración aduanera. (VI) Certificado de Conformidad con Reglamento Técnico - Superintendencia De Industria Y Comercio. (VII) Declaración de Cumplimiento del Reglamento Técnico - Superintendencia De Industria Y Comercio. (VIII) Inscripción Registro de fabricantes e importadores de SIC. Una vez Presentada y aceptada la declaración aduanera se procederá al pago de derechos arancelarios de importación correspondientes, de conformidad con las condiciones que están establecidas y que incluyen gravámenes arancelarios e IVA, cuando supera el valor mínimo establecido.

Una vez cumplido con las formalidades legales, la autoridad aduanera procede al levante de las mercancías, consistente en lo siguiente.

Determinación del levante¹⁰

Es la autorización de la administración aduanera para continuar con el proceso de retiro de las mercancías, como resultado de la aplicación de criterios basados en técnicas de análisis de riesgo, ya sea de manera automática o una vez establecida la conformidad entre lo declarado y lo verificado, ya sea físico o documental, previo el cumplimiento de los requisitos legales, y el otorgamiento de garantía cuando a ello haya lugar, esto de conformidad con el artículo 3 del

¹⁰ **Levante.** Es el acto por el cual la autoridad aduanera permite a los interesados la disposición de la mercancía, previo el cumplimiento de los requisitos legales o el otorgamiento de garantía, cuando a ello haya lugar. Artículo 1 del Decreto 1165 de 2019.

Decreto 1165 de 2019, Para ello, se deben llenar los siguientes procedimientos: (I) La verificación de la naturaleza, descripción, estado, cantidad, peso y medida de la mercancía. (II) La verificación del origen, valor, clasificación arancelaria y cumplimiento de la legislación aduanera y demás disposiciones en materia de comercio exterior.

Emitida la orden legal, los usuarios aduaneros pueden proceder al retiro oportuno de los bienes, veamos.

Retiro de la mercancía

Autorizado el levante y verificado el pago de los derechos e impuestos a la importación cuando haya lugar a ello, así como de las sanciones y valor del rescate cuando proceda, los servicios informáticos electrónicos emitirán la autorización de retiro de la mercancía dentro del término de permanencia de la misma en el lugar de arribo o en el depósito temporal o aduanero, esto de conformidad con el artículo 187 del decreto 1165 de 2019.

Culminado el lineamiento legal para el retiro de mercancías, los usuarios aduaneros proceden al retiro de mercancías y al posterior traslado al lugar de destino, sin embargo, por mandato de la Ley, en las vías nacionales las autoridades como la POLFA llevan a cabo verificaciones posteriores, esto con el fin de hacer un control en las mercancías en donde se deberá cumplir con toda la documentación aportada en los puertos aduaneros, luego en estos controles posteriores se pueden presentar diversas situaciones, veamos.

Papel de la DIAN y la POLFA en la aprehensión material y decomiso de mercancías

La aprehensión material y el decomiso de mercancías son dos figuras jurídicas diferentes, por ello, dentro del artículo 3 del nuevo régimen aduanero establece que la aprehensión material es:

Es una medida cautelar consistente en la retención de mercancías, medios de transporte o unidades de carga, mientras la autoridad aduanera verifica su legal introducción, permanencia y circulación dentro del territorio aduanero nacional, en los términos previstos en este decreto. (Decreto 1165, 2019)

Y por otra parte se establece que el decomiso es un:

Acto en virtud del cual pasan a poder de la nación las mercancías, medios de transporte o unidades de carga, respecto de los cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su legal introducción, permanencia y circulación en el territorio aduanero nacional. (Decreto 1165, 2019)

Estas figuras jurídicas operan cuando se da lugar a las causales enunciadas en el artículo 647 del decreto 1165 de 2019, en las cuales se establecen trasgresiones a las obligaciones aduaneras en materia de importaciones, exportaciones y tránsito aduanero, obligaciones que se contemplan en los capítulos 2, 3, 4, 5 y 6 del régimen aduanero.

La normativa aduanera señala un conjunto de requisitos, condiciones y exigencias para la legal circulación de mercancías en el territorio colombiano, dentro de las cuales se encuentra la debida declaración de importación, el pago oportuno de los impuestos, la conservación de los documentos que soportan la operación comercial, la correcta descripción de mercancías y todas

aquellas establecidas por la Ley. De esta manera, cuando el funcionario que realiza la diligencia observa irregularidades en la circulación de mercancías, inicia con el procedimiento correspondiente, partiendo con el acta de aprehensión establecida en el artículo 660 ibídem, en el cual debe contener lo siguiente:

La dependencia que la práctica; el lugar y fecha de la diligencia; la causal o causales 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 por su naturaleza, marca, referencia, serial, cantidad, peso cuando se requiera, avalúo unitario y total; y la dirección seccional donde continuará el proceso de decomiso. Así mismo, cuando no se incorporen al acta de hechos, en el acta de aprehensión se registrarán las objeciones presentadas por el interesado durante la diligencia y la relación de las pruebas aportadas por el interesado. (Decreto 1165, 2019, art. 660)

En el mismo artículo 660 del régimen aduanero, se señala que el acta de aprehensión de las mercancías es un acto administrativo de trámite, frente al cual no proceden recursos en sede administrativa, es decir, que para el procedimiento aduanero es un acto que hace sus veces de ingreso de mercancías al recinto de almacenamiento, esta acta de aprehensión es importante toda vez que se enuncian las condiciones en que llega la mercancía al depósito.

El lugar de almacenamiento, en virtud del artículo 3 del decreto en cuestión, es el inmueble designado por la DIAN para la recepción, almacenamiento, guarda, custodia, conservación, restitución de las mercancías objeto de discusión, es decir, la POLFA cuando

advierta irregularidades, deberá llevar las mercancías a este lugar mediante un acompañamiento (numeral 6) y un dispositivo de seguridad (numeral 7) (Decreto 1165, 2019, art. 597).

Puestas las mercancías en el lugar de almacenamiento y emitida el acta de aprehensión, si la autoridad aduanera observa que las mercancías se encuentran relacionadas con alguna conducta punible, como la establecida en el artículo 53 de la Ley 1762 de 2015, deberá informar a la Fiscalía General de la Nación para que se ordene la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física, luego de lo cual, la DIAN podrá disponer de las mercancías. Sin perjuicio de lo reglamentado en los artículos 733, 737 y 739 como las partes del cuerpo humano, medicinas, café, hidrocarburos, armas de fuego, caso en el cual serán puestas a disposición del Ministerio de Defensa, Ministerio de Protección Social, a la Federación Nacional de Cafeteros y demás que establecen las normas.

Respecto de la situación jurídica de las mercancías, estas encuentran dos caminos, la primera es su devolución al interesado en donde se levanta un acta relacionando los hechos, o bien mediante su decomiso cuando no se acredite la legal importación o circulación en el territorio aduanero nacional.

Dentro del procedimiento, el interesado podrá presentar una objeción a la aprehensión y las pruebas en relación a la dirección seccional en donde continuará el proceso, se presentará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación del acta de aprehensión y deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por escrito firmado por el interesado o su representante, o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad con la aprehensión.

2. Indicar la dirección de la persona que objeta el acta de aprehensión y la de su apoderado, para efecto de las notificaciones.
3. Si la mercancía se adquirió dentro del territorio nacional, indicar el nombre y dirección de la persona de quien obtuvo la propiedad o posesión de las mismas. Si no conoce o no recuerda esta información, así lo indicará en su escrito.
4. Exponer los hechos, razones y las pruebas que tenga a su favor en relación con la imposición de la sanción accesoria de cierre de establecimiento de comercio, si esta se hubiere propuesto en el acta de aprehensión. (Decreto 1165, 2019, art. 664)

Presentada la objeción a la aprehensión, se contarán 10 días para que la autoridad aduanera establezca si hay lugar o no a modificar la causal de aprehensión, en caso afirmativo mediante auto motivado se procederá a cambiarla, esto en los términos del artículo 652 ibídem, luego se procederá mediante auto motivado a la práctica de pruebas solicitadas o decretadas de oficio.

Al respecto, se menciona la sentencia 2010-00364 febrero 22 -2018 en la cual se establece que “La administración puede corregir sus actos administrativos, y de estos efectúa notificación a las partes interesadas para que se pronuncien y defiendan sus intereses respecto de los efectos que puedan llegar a producir estos” esto en cuanto a la parte demandante alegaba que la DIAN no podía modificar las causales de aprehensión, enunciado errado por cuanto el acta de aprehensión es un auto de trámite que da inicio a un proceso y no un auto que decide de fondo una situación jurídica. Ahora bien, en virtud del artículo 665 ibídem, la notificación del auto que decreta pruebas será por estado y frente al que niega su práctica procederá el recurso de reposición, ejecutoriada el auto que decreta pruebas, el término para su práctica será de 2 meses y culminado este periodo se continuará dentro de los 5 días siguientes a los alegatos de

conclusión, este escrito será un pronunciamiento que tenga estricta relación con el acervo probatorio.

Para la decisión de fondo, la autoridad aduanera contará con 45 días, los cuales serán contados en los términos establecidos por el artículo 666 en donde además se define su contenido y el recurso que procede.

Cabe destacar que, lo enunciado hace referencia al decomiso ordinario, sin embargo, el decreto también incorpora el decomiso directo, que opera con la aprehensión material y solo procederá cuando las causales de aprehensión estén relacionadas con las mercancías descritas en el artículo 667 y 668 *ibidem*.

El interesado también podrá constituir una garantía en los términos del artículo 662 *ibidem* y se solicitará junto con la objeción a la aprehensión, la garantía equivaldrá al 100% del valor comercial FOB y se presenta en la dependencia de fiscalización aduanera donde se surtirá el proceso. Esta garantía no opera respecto de mercancías que tengan alguna restricción de ley.

Finalmente, dentro del título 14 se establece el régimen sancionatorio, en el cual se establecen las infracciones administrativas en las que pueden incurrir los sujetos responsables y las sanciones aplicables por la conducta descrita. El objetivo de las sanciones se aplica sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil, fiscal que se pueda derivar por el hecho u omisión, busca la estabilidad fiscal, social y política a través de las “multas, suspensión o cancelación de la autorización, inscripción o habilitación para ejercer actividades” (Decreto 1165, 2019, art. 603), esto según corresponda la falta, que en términos de este articulado se clasifican en “*leves, graves y gravísimas*”.

Frente a los actos administrativos que expide la DIAN procede el recurso de reposición, apelación y queja en los términos de la ley 1437 de 2011 y respecto al recurso de reconsideración se procederá conforme al Art. 699 del decreto 1165 de 2019, agotada la vía gubernativa se podrá demandar por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 84, 85 y 138 de la ley 1437 de 2011 en donde el órgano de cierre es el Consejo de Estado.¹¹

Ahora bien, culminado el marco legal y constitucional de las autoridades aduaneras en Colombia se continuará con el análisis de unas entrevistas realizadas a funcionarios del Estado y a sujetos aduaneros en Colombia.

Capítulo III

Análisis de los resultados

INSTITUCIÓN	SOLICITUD	ENTREVISTA EFECTIVA	AÑO ENTREVISTA
DIAN	3	0	2019
POLFA	3	0	2019
COMERCIANTES	3	2	2019
JUDICATURA	3	1	2020

En los años 2019 y 2020 se presentaron 6 solicitudes a funcionarios públicos de la DIAN y de la POLFA para que rindieran entrevista acerca de la implementación de un Juez de control de garantías en el régimen aduanero, específicamente con la imposición de la medida cautelar de

¹¹ Dentro del Régimen Aduanero Decreto 1165 de 2019 se ha establecido en el capítulo 3 – Sección 1, Sección 2 y Sigüientes todo lo concerniente al procedimiento administrativo de Decomiso de mercancías.

aprehensión material de mercancías, sin embargo, a pesar del amplio conocimiento en el tema se abstuvieron por falta de autorizaciones.

Sin embargo, se logró obtener 2 entrevistas del sector empresarial y una de la rama judicial con la juez 32 administrativo de Medellín, quienes hacen un aporte significativo a esta monografía de investigación. A continuación, se presentan los siguientes gráficos:

	1	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA
DIAN	2	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA
	3	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA

	1	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA
POLFA	2	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA
	3	NO CUENTA CON LA AUTORIZACIÓN PARA RENDIR ENTREVISTA

	1	RINDE ENTREVISTA
SECTOR EMPRESARIAL	2	RINDE ENTREVISTA
	3	NO RINDE ENTREVISTA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD

En el mes de septiembre del año 2019 se realizaron 2 entrevistas a empresarios de la ciudad de Medellín, con el fin de apreciar la experiencia en la importación de mercancías y su relación con las autoridades del Estado como usuarios aduaneros.

Los entrevistados afirman lo siguiente:

Mi experiencia más que con la DIAN ha sido con la POLFA, con los puestos de control en carretera. Cuando salen los contenedores del puerto de Buenaventura, por lo general en carretera son retenidos y nos empiezan a pedir una cantidad de permisos y certificaciones, que por ende no se necesitan, pero entonces ellos dicen que van a ser llevados a los patios, y que eso se puede demorar no sé cuántos días. Uno sabe la mercancía que trae, uno sabe cómo trabaja, uno sabe que realmente no se necesitan permisos, pero uno a veces está sobre el tiempo con las devoluciones del contenedor, con cuanto se demora el contenedor que se lo lleven allá, una cantidad de cosas, entonces uno como para agilizar el proceso, lo que hace de cierta forma es negociar con ellos, para que no le pongan a uno como tanto problema, porque a veces le sale a uno más barato, darles dinero a ellos, que no recurrir a otros gastos. (Entrevistado 2, comunicación personal, 2 de septiembre de 2019)

“Ese procedimiento, debe tener un mayor debido proceso, porque nosotros no podemos estar dependiendo de que un policía, con ganas de conseguirse una plata ahí mal habida, nos sigan parando los contenedores” (Entrevistado 1, comunicación personal, 01 septiembre de 2019).

De lo anterior, surge la necesidad de encontrar una solución jurídica al fenómeno que se presenta en las principales vías del país, en donde se tiene como objetivo prevenir y corregir el comportamiento de los funcionarios del Estado, evitando el abuso de autoridad y en general los actos que van en contra de nuestra constitución.

Por esta razón, se buscó dentro de la legislación colombiana un mecanismo jurídico y constitucional que confronte estas realidades sociales, teniendo como resultado la

implementación de un control judicial posterior llevado a cabo por un juez de control de garantías en las actuaciones de la policía fiscal y aduanera, sin embargo, para conocer la viabilidad jurídica se llevaron a cabo 3 solicitudes a jueces de la república que contaran con experiencia en el área penal y administrativo, el resultado fue el siguiente:

	1	NO RINDE ENTREVISTA POR FALTA DE CONOCIMIENTO
JUDICATURA	1	NO RINDE ENTREVISTA POR FALTA DE CONOCIMIENTO
	1	RINDE ENTREVISTA

En el mes de abril del año 2020 se presentaron 3 solicitudes a jueces de la república para que rindieran entrevista, dos de las solicitudes fueron negadas por faltar al conocimiento, sin embargo, la Juez 32 administrativo de Medellín acepta la solicitud para rendir entrevista.

En la misma se cuestiona sobre la viabilidad jurídica de la propuesta en cuestión, de esta manera, refiere que la implementación de un juez constitucional en el marco aduanero, materializa el espíritu de un Estado social de derecho, pues desde una perspectiva del derecho constitucional y económico las empresas requieren de procesos legales más ágiles con el fin de preservar el trabajo y la estabilidad económica, añade que la intervención de un juez constitucional proporciona el cumplimiento de principios como el debido proceso, asegurando que la aprehensión material de mercancías opere dentro de garantías constitucionales, luego, el juez de tutela no sería tan oportuno en tanto que, mediante el requisito de subsidiariedad se plantearía la necesidad de incoar mediante demanda el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en suma que, el juez que lleve a cabo un control posterior debe tener una formación legal especial para tomar decisiones ajustadas.

Entrevista completa en los anexos de la monografía de investigación.

A continuación, se presenta una propuesta encaminada a lograr una solución jurídica al problema planteado.

Capítulo IV

Planteamiento de la propuesta

Propuesta encaminada a la implementación jurídica del control judicial posterior en la aprehensión material de mercancías que realizan las autoridades aduaneras en Colombia.

Las autoridades aduaneras que en virtud de procedimientos administrativos aprendan materialmente mercancías por advertir algún comportamiento contrario a la ley o al orden público deberá documentar en el acta de aprehensión el inventario de los bienes incautados, las razones de orden legal que fundamentan la aprehensión y entregar una copia a la persona a quien se le incaute, ponerla a disposición de las autoridades competentes y en general las establecidas en el artículo 660 del Decreto 1165 de 2019.

Ahora bien, la autoridad competente debe dentro del término de 36 horas llevar ante un juez de control de garantías lo aprehendido para realizar audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, atendiendo a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, mismos que deberán ser ampliamente fundamentados por la autoridad aduanera.

De esta manera, el trámite ante juez de control de garantías tiene como base o fundamento materializar garantías constitucionales como el debido proceso (Constitución

Política, artículo 29), puesto que, toda persona tiene derecho a la defensa técnica y material, a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y dar su versión de los hechos.

Así las cosas, se hace pertinente analizar cómo podría implementarse un procedimiento que garantice una efectiva materialización de los derechos constitucionales en los procedimientos aduaneros, puesto que las aprehensiones materiales recaen sobre bienes de elevado valor económico que en la mayoría de los casos constituyen el patrimonio de una organización comercial. Es así como un mal procedimiento de las autoridades aduaneras daría lugar a la Insolvencia de la persona jurídica.

Es por lo anterior, que implementar un procedimiento en el que se le haga un control de legalidad a la aprehensión de mercancías, permitiendo sustentar las razones justificadas que llevaron a ello y brindando la oportunidad de escuchar al perjudicado con el procedimiento, conlleva a mejorar la crítica situación actual de corrupción que se viene presentando, específicamente con ocasión de las labores que desempeña la POLFA.

Ahora bien, la autoridad competente para comparecer ante un juez de control de garantías es la dirección de impuestos y aduanas nacionales, quienes en el término de 36 horas deberán manifestar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida cautelar sobre los bienes aprehendidos.

Finalmente, en virtud de la Ley 1762 de 2015 y en virtud del Decreto 1165 de 2019, se ha determinado que cuando la autoridad aduanera observe en un control posterior la tipificación de algún delito penal como el contrabando, el cual se encuentra en el artículo 319 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), esta autoridad debe poner en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación para que proceda conforme a la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), de

esta manera la fiscalía deberá someter la actuación ante un juez de control de garantías para la verificación de garantías constitucionales, **sin embargo, dentro de los controles que realiza la POLFA no siempre se constituyen delitos penales**, caso en el cual, el procedimiento es netamente administrativo, a modo de ejemplo, (La carencia de un visto bueno, errores en los manifiestos de importación, entre otros.) Esto conforme al régimen aduanero, de ello, la verificación de la actuación de la POLFA corresponde a las unidades de las seccionales aduaneras, no obstante, **la aprehensión material de mercancías en los procedimientos administrativos también debería ser verificado por un juez de control de garantías esto con el fin de evitar actos contrarios a Ley**. De esta manera la incorporación de un control judicial posterior en el régimen aduanero salvaguarda los intereses económicos del sector empresarial en Colombia.

Conclusiones

1. Con base en los argumentos expuestos a lo largo de esta investigación, se hace evidente la necesidad de incorporar en el régimen aduanero un control judicial posterior sobre las mercancías que hayan sido susceptibles de aprehensión material, para que un juez de control de garantías dentro del término de 36 horas verifique la legalidad del procedimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar, con el fin de evitar arbitrariedades y actos de corrupción en los procedimientos aduaneros¹².
2. Con fundamento en lo esbozado, se encuentra que en el artículo 29 de la Constitución Política se establece el debido proceso, tanto en los procedimientos judiciales como en los administrativos, luego, en el artículo 250 de la Carta Magna, se lee cómo la Fiscalía General de la Nación, debe adelantar ante juez de control de garantías la audiencia de control de legalidad.¹³ en este orden de ideas, en los procedimientos adelantados por la POLFA, en los que exista aprehensión material de las mercancías, también se debería ejercer un control judicial posterior, aún si se trata de un procedimiento netamente administrativo.
3. Para materializar el control judicial posterior en los procedimientos de la POLFA, se hace necesario incorporar al articulado del régimen aduanero la respectiva regulación, se

¹² El Decreto 1165 del año 2019 Establece que el Jefe de Fiscalización es la autoridad para llevar a cabo un control posterior sobre las actuaciones de la POLFA, no obstante, es necesario para garantizar seguridad jurídica y materializar el debido proceso la imparcialidad efectiva de un Juez Constitucional.

¹³ Ley 906 de 2004, artículo 23, Cláusula de Exclusión: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.” Si el Juez Constitucional observa irregularidades en el procedimiento deberá excluir el medio de prueba.

propone: **La Policía Fiscal y Aduanera que en virtud de un procedimiento administrativo, advierta posibles irregularidades respecto a la legalidad de las mercancías y lleve a cabo la aprehensión material de las mismas, deberá dentro del término de la distancia, poner en conocimiento a la DIAN para que esta autoridad, solicite audiencia de control judicial posterior ante un juez de control de garantías en donde manifestará la necesidad, razonabilidad y la proporcionalidad de la medida cautelar de aprehensión material.** Esta reforma deberá surtirse por medio de un proyecto de ley presentado en el Congreso de la Republica de Colombia, siguiendo los lineamientos legales que se han establecido para ello.

4. Existen suficientes argumentos jurídicos, constitucionales y procedimentales para implementar en el código aduanero y sus respectivos procedimientos, la obligación de que la autoridad aduanera, ponga a disposición de un juez de control de garantías la actuación, con el fin de que imparta la legalidad del procedimiento, y, en consecuencia, determine si es dable proceder a la aprehensión material de la misma o si, por el contrario, debe liberarse y entregarse al titular o responsable.

Referencias

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Códigos

Colombia, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal. (Diario Oficial 44097, julio 24 de 2000) 24 Jul, 2000

Colombia, Ley 906 de 2004, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* (Agosto 31 de 2004) 31 Ago, 2004

Colombia, Ley 1801 de 2016, *Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia* 29 Jul, 2016 Núm. 4994

Decretos

Colombia, Decreto 4048 de 2008, *por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*(Diario Oficial, Octubre 22 de 2008) 22 Oct, 2008

Colombia, Decreto 1165 de 2019, *Por el cual se dictan disposiciones relativas al Régimen de Aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013*. 02 Jul, 2019 Núm. 51002

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional. Miércoles, 20 de Agosto de 2014 , M.P: Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-591 de 2014.

Referencias generales

Álvarez, G. J. (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa: fundamentos y metodología*.

México: Paidós.

Asamblea Nacional Constituyente (1789). *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y*

del Ciudadano. Recuperado de: [https://www.conseil-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

[constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

Basaldúa, R. X. (1988). *Introducción al derecho aduanero (concepto y contenido*. Argentina:

Abeledo Perrot.

Basaldúa, R. X. (2007). La aduana: concepto y funciones. *Revista de Estudios Aduaneros*, (18),

38-39.

Besoya, L. F. (2015). *Teoría del delito*. Medellín, Colombia: Universidad Autónoma

Latinoamericana.

Carmona Barrero, A. F. (02 de 06 de 2019). "Vamos por la 'cabeza' de la red detrás del caso

Ambuila": Policía Fiscal y Aduanera. *El País*. Recuperado de:

<https://www.elpais.com.co/valle/vamos-por-la-cabeza-de-la-red-detras-del-caso-ambuila-policia-fiscal-y-aduanera.html>

Colmenares E., A. M.; Piñero M., M. L. (2008). La investigación acción. Una herramienta metodológica heurística para la comprensión y transformación de realidades y prácticas socioeducativas. *Laurus. Revista de Educación*, 14(27), 96-114. Recuperado de:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76111892006>

Colombia, Policía Nacional (2019). *Mapa de Riesgos*. Recuperado de:

<https://www.policia.gov.co/sites/default/files/descargables/mapa-riesgos-2019.pdf>

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (s.f.). *DIAN por una Colombia más honesta. Consulta por estructura arancelaria*. Colombia. Recuperado de:

<https://muisca.dian.gov.co/WebArancel/DefConsultaEstructuraArancelaria.faces>

Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (s.f.). *DIAN por una Colombia más honesta. La entidad*. Colombia. Recuperado de:

<https://www.dian.gov.co/dian/entidad/Paginas/Presentacion.aspx>

Colprensa. (13 de 04 de 2019). Investigan denuncias de corrupción contra director de la Policía Fiscal. *El Colombiano*. Recuperado de:

<https://www.elcolombiano.com/colombia/fiscalia-investiga-denuncias-de-corrupcion-contra-juan-carlos-buitrago-director-de-la-policia-fiscal-y-aduanera-HA10540373>

Colombia, Ministerio de Comercio Industria y Turismo (15 de 08 de 2019). *Manual de normas de comercio exterior*. Recuperado de

<http://www.mincit.gov.co/CMSPages/GetFile.aspx?guid=3d3d6f13-5746-40f4-bc7f-bc80a518c799>

- Colombia, Policía Nacional (22 de 07 de 2019). *Funciones de la policía fiscal y aduanera de la Policía Nacional*. Recuperado de: <https://www.policia.gov.co/especializados/fiscal-aduanera/funciones>
- Díaz Bazo, C., Suárez Díaz, G. & Flores Flores, E. (2016). *Guía de investigación en educación*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/21165057/GUIA-DE-INVESTIGACION-EN-EDUCACION_21_11_16.pdf
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid, España: Trotta.
- Hernández, R. F. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGrawHill. Recuperado de: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Katayama Omura, R. J. (2014). *Introducción a la investigación cualitativa: fundamentos, métodos, estrategias y técnicas*. Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Recuperado de <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/559>
- Mariño, J. D. (2018). Algunas consideraciones para el análisis de la aprehensión y el decomiso en Colombia. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 55(79) 291 - 313.
- Mora Mendoza, L. F. (2015). *Actividad de control, como función esencial de la aduana*. Universidad del Rosario. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14192/1/Actividad%20de%20control%20C%20como%20funcion%20esencial%20de%20la%20Aduana.pdf>
- González Rey, F. (2006). *Investigación cualitativa y subjetividad: los procesos de construcción de la información*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. Recuperado de:

<http://www.memoriavirtualguatemala.org/sites/default/files/mvg/INVESTIGACI%C3%93NCUALITATIVA.pdf>

Salamanca Castro, A. B. & Martín-Crespo Blanco, C. (03 - 04 de 2007). El muestreo en la investigación cualitativa. *Nure Investigación*, 27. Recuperado de:

<http://www.sc.ehu.es/plwlumuj/ebalECTS/praktikak/muestreo>

Martínez-Sandoval Sánchez, E. (17 de 01 de 2020). *Jean-Jacques Rousseau*. Recuperado de:

https://educomunicacion.es/figuraspedagogia/0_juan_jacobo_rousseau.htm

The History Channel Latin America. (s.f.). *Hoy en la historia. Nació filósofo Thomas Hobbes*.

Delaware EE.UU: History Channel. Recuperado de: <https://latam.historyplay.tv/hoy-en-la-historia/nacio-filosofo-thomas-hobbes>

Torres, L. A. (2017). *Límites del Juez con Función de Control de Garantías en la Audiencia de Imputación*. Obtenido de dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia :

http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3141/Barreiro_Torres_Luis_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Anexos

1. En el mes de septiembre del año 2019 se realizaron dos entrevistas a empresarios de la ciudad de Medellín, se presentan a continuación.

1.1. Entrevista 1

¿A qué se dedica y cuáles son las experiencias que han tenido los empresarios con las entidades del gobierno, en especial con la Policía Fiscal y Aduanera?

Estamos en la importación de productos para la industria y el sector ferretero. Principalmente insumos químicos. La experiencia con la POLFA, no ha sido muy placentera, teniendo en cuenta que nosotros somos una empresa que trabaja 100% legal, todos los productos los importamos con sus respectivos permisos y certificaciones. Y muchas veces la POLFA, en el puerto de Buenaventura, en carretera, nos han parado los contenedores y prácticamente nos han extorsionado, porque estos productos vienen empacados en canecas y muchas veces son polvos y la policía aduce que por sospecha, los contenedores van a ser llevados a los patios, para hacer una inspección, partiendo que les entregamos la documentación respectiva y muchas veces nos han sugerido, que para darnos vía libre para que el contenedor siga su rumbo, hasta 20.000.000 de pesos. La última vez, casi que nos tocó negociar con ellos y darles cinco millones de pesos para que nos dejaran venir el contenedor.

2. ¿Dónde sucedió los hechos?

Ello sucedió entre Buenaventura y la vía de Cali salida a Medellín. Ahí hay un puesto de control, que generalmente son unos extorsionistas, porque es donde siempre nos paran los contenedores, aduciendo que el contenedor viene muy sospechoso, que traen contrabando, a pesar de que

nosotros tenemos toda la documentación respectiva y prácticamente, es una extorsión permanente con la empresa. Yo considero que ese procedimiento, debe tener un mayor debido proceso, porque nosotros no podemos estar dependiendo de que un policía, con ganas de conseguirse una plata ahí mal habida, nos sigan parando los contenedores.

3. ¿Cómo es el proceso de negociación como usted dice, con la policía de Aduanas? Ellos les exigen dinero. Ellos se comunican con ustedes, los llaman directamente ellos o de pronto hay un intermediario, ¿o los llaman de otra ciudad?

Prácticamente eso lo hacen a través de un intermediario, porque el conductor se comunica a la empresa, la empresa se comunica con nosotros y ellos ponen como un intermediario para empezar a negociar, que veinte millones o empiezan a hacerle las cuentas de todos los gastos que uno acarrea, que el contenedor se lleve para los patios, allá se demora un mes haciendo la inspección, que de igual manera hay que pagar bodegaje, que hay que pagar nuevamente tractomula para poderlo llevar. Lo que pone a pensar que solamente por sospecha, uno pierde demasiada plata, entonces uno tiene que acceder a las pretensiones de estas personas que realmente, vuelvo y lo digo, son personas extorsionistas, son delincuentes que tiene la DIAN en la carretera, nada más extorsionando los empresarios.

Muchas gracias por la experiencia que ha compartido

1.2. Entrevista 2

¿A qué se dedica la empresa, cual es el sector de la economía que desarrolla y cuál es la experiencia con la DIAN?

Mi empresa se dedica a la comercialización de químicos. Mi experiencia más que con la DIAN ha sido con la POLFA, con los puestos de control en carretera. Cuando salen los contenedores del puerto de Barranquilla, por lo general en carretera son retenidos y nos empiezan a pedir una cantidad de permisos y certificaciones, que por ende no se necesitan, pero entonces ellos dicen que van a ser llevados a los patios, y que eso se puede demorar no sé cuántos días. Uno sabe la mercancía que trae, uno sabe cómo trabaja, uno sabe que realmente no se necesitan permisos, pero uno a veces está sobre el tiempo con las devoluciones del contenedor, con cuanto se demora el contenedor que se lo lleven allá, una cantidad, de cosas, entonces uno como para agilizar el proceso, lo que hace de cierta forma es negociar con ellos, para que no le pongan a uno como tanto problema, porque a veces le sale a uno más barato, darles dinero a ellos, que no recurrir a otros gastos. Por otra parte, con la DIAN son las plataformas que se caen tanto, por ejemplo, uno hace negociaciones importantes en China y tiene más o menos siete u ocho días para la devolución del contenedor, pero la DIAN dice, se me cayó la plataforma, se cayó el sistema y puede durar dos o tres días. Son dos o tres días que el contenedor está parado y por ende, perdiendo dinero. Igualmente, la DIAN no le reconoce a uno nada y se tienen que asumir todos los gastos.

2. ¿Qué experiencias han tenido en el proceso de negociación con funcionarios de la POLFA?

Yo las consignaciones las tengo guardadas, uno básicamente lo hace es por costos. Tuve una experiencia de un control de Buenaventura a Cali. Ahí hay un control y siempre ha sido muy complicado con ellos. Uno habla con ellos y realmente empieza a negociar. Uno se siente impotente ante esa situación. Una vez me pidieron 20 millones y yo les dije no, porque es un contenedor que me deja si acaso, ocho o nueve millones de pesos, como voy a dar veinte

millones. Uno realmente termina negociando con ellos y ellos le dan a uno una cuenta X y dicen por favor consígnenme este dinero para poder soltarles el contenedor. Le dicen a uno, yo realmente lo respecto hasta aquí, si más arriba se lo vuelven a detener, tienes que negociar. Realmente es un poco triste lo que pasa en este país, pero así funciona esto.

Muchas gracias por la entrevista.

2. En el mes de abril del año 2020 se realizó una entrevista a una Juez de la Republica de Colombia, se presenta a continuación.

¿Cuál es su nombre y que cargo público desempeña?

Buenas tardes Juan Pablo, mi nombre es Verónica Gutiérrez soy la Juez 32 administrativo de Medellín, me encuentro ocupando este cargo aproximadamente hace 1 año y medio en carrera administrativa pero previo a esto fui Juez promiscua municipal, Juez penal de ejecución de penas y Juez promiscuo de circuito, llevo 7 años desempeñándome como Juez de la república.

¿Es viable jurídicamente implementar dentro del régimen aduanero la figura constitucional del Juez de Control de Garantías en los procedimientos aduaneros de aprehensión material de mercancías?

Bueno, tal como lo planteaste en la monografía, me parece que es una idea novedosa que se compagina con nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho donde el Estado es garante de los derechos fundamentales de las personas, teniendo en cuenta que estos procesos o procedimientos que se practican durante la importación de productos tienen subyacentemente o implícitamente unos derechos fundamentales que están protegidos por nuestra constitución

política como la libertad de empresa, el derecho al trabajo, entonces muchas veces cuando se deja pasar el tiempo de una aprehensión de una mercancía puede resultar muy ruinoso para las empresas por ende afecta coyunturalmente a los empleados y frena o trunca mucho el desarrollo económico del país, entonces en este caso no se trata solo de derechos económicos sino también tiene un trasfondo de derechos fundamentales por lo tanto esta idea es consecuente con nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho.

¿Se brindan garantías constitucionales al sector empresarial con dicha implementación?

Exacto, en la medida en que sea expedito un control constitucional de un procedimiento se puede ser más efectiva una garantía porque recordemos pues que en la economía el tiempo o la suspensión de la dinámica económica puede acarrear una vulneración de derechos fundamentales, entonces en este caso, si se tiene a la mano un Juez que logre controlar todos los aspectos del Debido Proceso y verificar que realmente se estén realizando estas aprehensiones con una justificación legal sin exigir más de los documentos requeridos en estos procesos de importación, sin basarse en falsas imputaciones de una mala importación, en este caso pues podría haber lugar a que diera control de inmediato a este tipo de actuaciones.

¿Considera usted que la implementación de un Juez de Control de Garantías en el régimen aduanero es más efectiva que la participación de un Juez Constitucional con la Tutela?

Claro que sí, recordemos que todos los jueces de la republica somos jueces constitucionales sin embargo todos tenemos diversas especialidades y en el tema de control aduanero somos muy pocos los que medianamente manejamos este tema como quiera que es un proceso administrativo con una legislación especial por lo tanto y como quiera que el Juez de tutela, es cualquier Juez y

que no tienen ese conocimiento específico, lo que generalmente harían es que cuando hay vulneración de derechos, como no saben tanto de este tema, podrían decir que hay otro procedimiento del medio de control por nulidad y restablecimiento del derecho y pues realmente termina diciendo que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque si bien existe el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho porque todos sabemos en cuanto tiempo se puede dar un fallo en esta instancia procesal administrativa en términos procesos ordinarios por decirlo así, entonces en este caso el Juez Constitucional logra efectivizar esos derechos que pueden verse afectados en los procedimientos de aprehensión de mercancías por ejemplo.

¿Considera usted que los Jueces Administrativos con la debida capacitación son los más aptos para desempeñar la función constitucional dentro del régimen aduanero?

Yo creería que sí, el Juez Administrativo tiene un amplio conocimiento en el procedimiento administrativo, esto es un procedimiento administrativo específico y se cumpliría con el principio de legalidad de Juez Natural que para tal efecto es señalado en el artículo 29 de la constitución política como uno de los temas del Debido Proceso.

Sería muy interesante que se pudiera presentar más adelante un proyecto de reforma para lograr esta idea.

Muchas gracias por la entrevista.