



**DIFICULTADES DE LOS OPERADORES JUDICIALES FRENTE A LA
CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO.**

ANDRÉS MICHEL RICAURTE AMADOR

**Director
NICOLÁS ORTEGA TAMAYO**

Magister en Derecho

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
2021**

Declaración de originalidad

Fecha: Noviembre 19 de 2021

Nombre del estudiante: Andrés Michel Ricaurte Amador

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad”.

Andrés Michel

Firma del estudiante:

**DIFICULTADES DE LOS OPERADORES JUDICIALES FRENTE A LA
CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO.¹
DIFFICULTIES OF JUDICIAL OPERATORS IN THE CONFIGURATION
OF THE CRIME OF CUSTOMS FRAUD.**

Andrés Michel Ricaurte Amador²

RESUMEN

Esta investigación es un reflejo del análisis de las normas penales concernientes al derecho tributario y aduanero, enfocándose en esta última con el objetivo de dar a conocer las controversias derivadas del vago planteamiento de la norma penal aduanera, teniendo como consecuencia que esta sea ineficaz al momento de su aplicación y analizar como se llevan a cabo estos obstáculos frente al derecho comparado y como estas influyen en Colombia. Se cuestiona la configuración del delito de fraude aduanero en nuestro ordenamiento jurídico y la aplicación de este tipo penal con el objetivo de analizar su eficacia y posteriormente se propone una posible solución a estas dificultades que se le presentan a los operadores judiciales. Como resultado de esta investigación de jurisprudencia, y legislación tanto penal como aduanera, se sugiere una modificación al artículo 321 del código penal para que así, la norma pueda tener un sentido de utilidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

PALABRAS CLAVE

Fraude aduanero, valor real de la mercancía, configuración del delito, Valoración aduanera.

¹ Monografía presentada para optar por el título de Abogado. Universidad Pontificia Bolivariana. Colombia, 2021.

² Estudiante de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: andres.ricaurte@upb.edu.co

ABSTRACT

This research reflects the analysis of criminal regulations concerning tax and customs law, focusing on the latter to publicize the disputes arising from the vague approach of the customs criminal law, having as a consequence that it is ineffective at the time of its application and analyze how these obstacles are carried out in the face of comparative law and how they influence in Colombia. The configuration of the crime of customs fraud in our legal system and the application of this criminal type are questioned to analyze its effectiveness and subsequently a possible solution to these difficulties that are presented to judicial operators is proposed. As a result of this investigation of jurisprudence, and both criminal and customs legislation, a modification to article 321 of the penal code is suggested so that the norm may thus have a useful sense in the Colombian legal system.

KEYWORDS

Customs fraud, real value of the merchandise, crime configuration, customs valuation.

INTRODUCCIÓN

Con el pasar de los años, la legislación aduanera se ha ido adecuando de acuerdo con las exigencias del mundo comercial. El caso colombiano, es uno muy interesante que vale la pena analizar, destacando que esta no se rige solamente por una legislación propia, sino que, a su vez, le son aplicables una variedad de acuerdos y tratados internacionales, los cuales hacen que el estudio de esta materia se encuentre en constante cambio y, con ello, que se presenten una variedad de problemas que en nuestro ordenamiento jurídico tengan que ser analizados con distintas herramientas tanto internas como externas.

Uno de los problemas que más llaman la atención es el que se produjo con ocasión a la modificación del artículo 321 del código penal en el cual se habla sobre el delito de fraude aduanero y de la cuantía que se tiene que defraudar para que se configure el delito, conducta que si vamos analizando parte por parte, podemos observar que puede generar conflictos debido a que no es una norma concreta que se abre a varias interpretaciones por lo que es muy difícil determinar cuando esto se configuraría en delito y cuando no si tenemos en cuenta el valor real de la mercancía, por lo que hay que tener la cuantía como “línea divisoria entre la comisión del delito y una infracción administrativa vinculada con el delito” (Huamán, 2016).

Esto se traduce en que tanto operador judicial como aquel agente al que se le está investigando hacen uso de la poca concretización del enunciado normativo que tiene como consecuencia que no se pueda probar el valor real de la mercancía y, consecuentemente, la cuantía del delito.

A lo que se quiere llegar con esta investigación, dando así un enfoque cualitativo, es dar a conocer que esta figura delictiva representa un gran desafío para que el operador judicial que tome riendas del proceso, porque a su vez este está abierta a varias interpretaciones en cuanto nos referimos al valor real de la mercancía teniendo en cuenta de como se determinaría esta, y adicionalmente tener

en cuenta que la legislación sobre valoración aduanera, como lo señala (Ricaurte Trespalcios, 2017) “En la valoración aduanera la controversia de valor es una medida de control que requiere de fundamentos razonables soportados en información disponible en bancos de datos, precios de fuentes especializadas y de referencia del mercado internacional”, importante en este caso para poder determinar el valor de la mercancía, son un conjunto complejo de normas de constante evolución sujetas a las necesidades del mercado dando así, lugar a que se puede prestar para controversias como consecuencia de su ambigüedad.

Siendo así, el soporte de esta investigación lo constituye diversas fuentes entre las cuales se encuentran revistas universitarias, tesis de grado y un libro especializado en fraude aduanero que posteriormente traeremos a colación. Sin dejar de lado jurisprudencia de la Corte Constitucional las cuales dan soporte a esta investigación. Ahora bien, es imperioso recalcar que no se puede dejar atrás aquellas fuentes provenientes de otros países latinoamericanos de las cuales se desarrollará uno de los objetivos de este trabajo en cuanto a lo que tiene que ver de como se llevan estas situaciones frente al derecho comparado y de como estas tienen cierta influencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo lo anterior nos podemos servir de identificar sin mayores complicaciones, aquellos obstáculos a los cuales se enfrentan los jueces a la hora de dirigir los procesos referentes en materia aduanera, con la finalidad de analizar las posibles soluciones a estos procesos los cuales tienen como consecuencia la ineficacia de la ley penal en los delitos aduaneros.

Para explicar el desarrollo de esta investigación, es menester apegarnos a la siguiente estructura. Este artículo tiene 3 capítulos de los cuales, el primero de ellos, llamado “Configuración del delito de fraude aduanero a través del artículo 8 de la Ley 1762 del 2015” en el cual se muestran las modificaciones que se han realizado al código penal en cuanto al delito de fraude aduanero se refiere y las polémicas que de este cambio se derivan.

El segundo capítulo llamado "Características del delito del delito de fraude aduanero colombiano frente al derecho comparado" el cual se divide en tres

subcapítulos en donde se analiza este tipo penal en el código aduanero del MERCOSUR, en Chile y finalmente Perú.

El tercer y último capítulo llamado “Propuesta de solución al caso Colombiano” se dedica a analizar las posibles respuestas a las cuestionamientos derivadas de la aplicación de este delito en nuestro ordenamiento jurídico de los cuales se concluirán si estas mismas son las más eficaces a estos problemas y con la intención de fortalecer el sistema penal en materia aduanera.

CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 1762 DEL 2015.

Para dar comienzo a esta primera parte investigativa, con el objetivo de analizar por partes el enunciado normativo objeto de estudio, debemos identificar tanto al sujeto realizador de la conducta fraudulenta, como la entidad encargada de identificar la infracción, más no el delito, dado al que el organismo encargado de investigar si con la infracción se incurre en delito es la fiscalía; por lo tanto, es importante saber diferenciar el papel de cada una. Así entonces, el sujeto activo es aquella persona que incurra en el hecho de suministrar, manipular u ocultarle información a la autoridad aduanera, que a su vez y como es bien sabido, esta autoridad a la que se refiere el enunciado normativo, corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), encargada de requerir toda la documentación e informes sobre cual es la mercancía que realmente se está exportando o importando a lo largo del territorio nacional, así como de donde proviene y hacia donde va, al igual que verificar el valor de la mercancía, que esta sea correspondiente con el contenido real de la mercancía, y que sobre toda esta se paguen los impuestos que por disposición legal, se le atribuyen y finalmente la se le proporciona a la fiscalía todo lo requerido para finalmente comprobar si con esta actuación se incurre en un delito.

Ahora bien, antes de comenzar con el estudio de la norma penal en cuestión, es necesario traerla a colación a partir del artículo 8 de la Ley 1762 del 2015 el cual expresa:

Modifíquese el artículo 321 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: (Ley 1762 de 2015, artículo 8) Art. 321. Fraude Aduanero. El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599 del 2000, artículo 321)

Previamente, se habían presentado controversias a raíz de la modificación de este artículo, comenzando con la primera línea de este mismo el cual expresa “Por cualquier medio” (Ley 599 del 2000, artículo 321) polémica basada en una presunta vulneración de la legalidad, dado a que a raíz esta expresión, se le dificultaba tanto a los operadores judiciales, como a las personas identificar esa conducta delictiva, con base a esto, la corte se ha pronunciado con lo siguiente:

Saber de manera previa, con exactitud, cuáles son las conductas prohibidas, lo que determinaría una posible indeterminación de la descripción del delito. El cargo genera duda respecto de la constitucionalidad de la norma y, por lo tanto, amerita un juicio de constitucionalidad. (Sentencia C-191, 2016).

Lo anterior, nos da pie para encaminar las dudas que se tienen acerca de ¿Qué ocurre cuando el sujeto activo que suministre manipule u oculte información a la DIAN? Y para esto, es importante identificar que la conducta culpable estaría sujeta a que la autoridad aduanera luego de inspeccionar la mercancía y los documentos requeridos para valorar la misma, determine que sobrepasan los veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía.

Y es precisamente esto último, lo que genera controversias, porque si al remitirnos al artículo, nos enfocamos en que el legislador le ha dado un nuevo sentido a este agregando que la defraudación se deba ser superior a 20 SMMLV (Ley 1762 de 2015, artículo 8) siendo el valor real de la mercancía la novedad de este enunciado normativo haciendo que, el operador judicial deba acudir a las normas de valoración aduanera de la Organización Mundial del Comercio para hacer los estudios pertinentes y poder evaluar la cuantía del delito con base a la valoración real de la mercancía, función que se debe de hacer de acuerdo con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, a la cual, Colombia está adscrita y tiene competencia en nuestro ordenamiento jurídico mediante la aprobación de la Ley 170 de 1994

Esto se traduce en que el operador judicial deberá utilizar las normas de valoración en aduana que ha fijado la OMC para determinar el valor de la mercancía y, consecuentemente, la cuantía del delito. A pesar de que este es un aspecto valioso del nuevo delito, representa un gran desafío para el ente investigador y para el juez que analice el caso, toda vez que las normas sobre valoración aduanera son un conjunto complejo de normas que provienen de la OMC, Comunidad Andina (CAN) y legislación aduanera nacional, que constituyen por si sola un rama sub-especializada del derecho. (Solano Medina & Lombana Sierra, 2015)

Es por esto, que lo anterior da lugar a que muchos importadores y exportadores de mercancías, que intenten defraudar a la DIAN con montos inferiores al valor real de la mercancía con aras de pagar menos impuestos por ellos, sean investigados, pero al momento de determinar el valor real de ella, esta no sea correspondiente a los veinte SMMLV por lo que no se configuraría el delito de fraude aduanero y consecuentemente, no se apliquen las sanciones descritas en este artículo si nos apegamos a la literalidad del artículo para verificar la tipicidad de la conducta, como nos expone (Vega, 2016).

La problemática radica en que el valor real de la mercancía sobra en este enunciado normativo que al ser modificado, amplía gradualmente su dificultad en que el operador judicial lo aplique correctamente. Esto es porque ya no solamente se tiene que identificar la infracción administrativa que estaba consagrada en el código penal hasta antes de su modificación, sino que ahora tiene que entrar a cuantificar el valor real de la mercancía, que al momento de investigar, se llega a la conclusión de que el monto por el cual está valorada sea superior a los veinte SMMLV para que la fiscalía efectivamente inicie la persecución penal, mientras que para la DIAN, se limita únicamente a verificar el hecho de incurrir en la conducta de suministrar, manipular u ocultar información ya ameritaría una sanción. Por lo que actualmente si hay sospecha de que se incurre en infracción, se pueden adoptar medidas cautelares tales como la aprehensión de la mercancía, “hasta que el importador aporta las pruebas suficientes para demostrar que el precio declarado es el real, si lo hace debidamente, se le permitirá el levante de la mercancía” (Sentencia T-754 del 2003).

Lo anterior, nos lleva a pensar que, si bien es cierto que tanto la DIAN como la Fiscalía, trabajan en conjunto para mitigar los delitos aduaneros, suelen tener diferencias como en este caso se presentan en el Fraude Aduanero, diferencias que tienen como base en que para la DIAN, todas aquellas personas que incurran en esta infracción administrativa no sean debidamente judicializadas por parte de la Fiscalía, por lo es más difícil mitigar los peligros que esto conlleva para la seguridad financiera del Estado y alteraría el orden económico y social del estado, que según la Corte Suprema de Justicia, “De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado” (Sentencia 19702, 2004). Por lo que todo esto de manera directa o indirecta “repercute en la inversión de los impuestos por parte del Estado ya sea en el sector de la salud, en la educación” (Morales, 2010), por lo que no sobra decir que estamos ante delitos que afectan a los intereses de toda la sociedad Colombiana.

CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE FRAUDE ADUANERO COLOMBIANO FRENTE AL DERECHO COMPARADO.

En el presente capítulo, se analizarán las características que reúne el delito de fraude aduanero en diferentes ordenamientos jurídicos de Latinoamérica.

CÓDIGO ADUANERO DEL MERCOSUR

En el caso de los estados miembros (Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay) del proceso de integración regional Mercado común del Sur, conocido como MERCOSUR, previamente se han hecho diferentes propuestas para “fortalecer la cooperación en asuntos comerciales y económicos entre las partes” (Rozemberg, 2019) y a su vez, regular las distintas controversias que se puedan generar en materia aduanera por lo que surgió el Código Aduanero del MERCOSUR, como lo dice (Acuña, 1997) “se conformó entre los cuatro países una unión aduanera imperfecta que permite el libre traslado entre los estados partes de casi la totalidad de los productos con un arancel externo común”.

Lo anterior, es consecuencia de que “el mundo de los negocios ha venido desarrollando comportamientos comunes y exige que las aduanas les ofrezcan, en todas partes, las mismas facilidades en cuanto a las operaciones de comercio exterior” (Castilla, 1998), Esto, facilita la circulación de mercancías dentro del territorio de los países que conforman esta integración, que fue aprobado en el año 2010 por el Consejo del Mercado Común, en donde si bien es cierto que fueron aprobadas muchas propuestas que previamente se habían realizado pero que nunca habían sido aprobadas por la mayoría de los estados miembros, por distintas controversias y desacuerdos que este generaba, pero, que era necesario para “la adopción de una legislación aduanera común, sumada a la definición y actualización de los institutos que regulan la materia aduanera en el ámbito del MERCOSUR, creará condiciones favorables para fortalecer en la profundización del proceso de integración.” (De Oliveira, 2017), integración que es muy importante para tener un mejor control fiscal, en donde “los servicios aduaneros son esenciales y están destinados a facilitar el comercio exterior, contribuyendo al desarrollo nacional y velando por el interés fiscal” (Pajuelo citado en Domínguez, 2013).

En materia tributaria también hay cuestiones que merecen ser revisadas en futuros proyectos. Se ha establecido una única obligación tributaria aduanera en sustitución de los derechos de importación y de exportación, y los demás gravámenes hoy vigentes en los Estados Miembros. Por ejemplo, no existe la menor referencia a los derechos antidumping y compensatorios. Tampoco es clara la definición del hecho imponible, puesto que se grava la entrada y salida del territorio aduanero, lo que implica que tanto las destinaciones definitivas como las suspensivas pueden estar alcanzadas con derechos aduaneros. También resulta novedosa la definición del sujeto pasivo. No se considera a la persona que realiza el hecho gravado, sino que se considera responsable al remitente, consignatario o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería. (Cotter, 2010)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que este acuerdo fue uno que a pesar que tuvo muchas complicaciones desde un principio dado a que no se abarcaron todos los temas de los cuales previamente habían controversias, fue un acuerdo del cual era importante dejar sus bases para lograr así el fin propuesto en un futuro, así, nos explica (Basaldúa, 1996) que este acuerdo es el resultado no solo de lo que se logró consensuar, sino de una serie de reglamentos previos que eran necesarios ser modificados.

Ahora bien, en su artículo 169, se establecen aquellas conductas las cuales constituyen en una defraudación de la renta expresando que:

Las multas que se van a aplicar a las infracciones caracterizadas como defraudación, incluyéndose entre estas a las relacionadas con el precio y valor aduanero de las mercaderías, adulteración o falsificación de documentos, utilización de mercaderías importadas con exención reducción o suspensión del pago de gravámenes que se afecten a fines diferentes de aquellos para los cuales fueron autorizados, incumpliendo de plazos establecidos, extravío o falta de mercadería manifestada o descargada en el territorio aduanero, el incumplimiento

de cualquier otro requisito formal previsto en el código o en normas de aplicación. (Farias, 2003)

Este artículo del código aduanero de MERCOSUR se aparta de una sanción privativa de la libertad porque si bien está tipificando una conducta que va en contra del ordenamiento jurídico, la sanción que se le impone sería una multa, además de que no nos estamos refiriendo a los códigos penales propios de cada país perteneciente a este conglomerado, lo cual resulta muy interesante de acuerdo con cómo se castigan estas conductas defraudatorias en el ámbito internacional.

PERÚ

En el caso peruano, curiosamente no tenemos que dirigirnos al código penal para encontrar la tipificación de delitos aduaneros, sino que existe una ley específica para esta rama de delitos denominada “Ley de los delitos aduaneros”, la cual en su artículo 4 referente a la defraudación de rentas de aduana expresa que:

El que mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Ley N° 28008 de 2003, artículo 4)

De acuerdo a este artículo, se puede observar, una diferencia que resulta interesante, la cual tiene que ver con la cuantía del delito, y es que en Perú, solo basta con que se incurra en la sanción administrativa para que este injusto sea considerado delito y, seguido a esto, se le aplique la respectiva consecuencia jurídica, lo cual facilita mucho el proceso judicial y de esta manera sea más eficaz el sistema judicial con relación a los delitos tributarios, en donde se diferencia del delito de contrabando, dado a que en este se elude completamente el control aduanero, mientras que en el delito de defraudación de rentas de aduana, “lo ilícito se representa por la conducta defraudadora del agente, que burla la aspiración

recaudadora del Estado al engañar en el trámite aduanero que al efecto existe y al que se ha sometido.” (Vizcardo, 2015).

CHILE

Llegados a este punto, nos encontramos con una característica muy interesante de este país en materia tributaria, y es que ha tenido una evolución en cuanto a este tipo de delitos aduaneros, de tal manera que el delito de fraude aduanero se encontraba antes en una ley denominada “Ordenanza de aduanas”, la cual en su artículo 176 en el inciso segundo, "fraude aduanero es todo acto que eluda o frustre las disposiciones aduaneras precitadas con el ánimo de perjudicar los intereses fiscales en cualquiera forma" (Ley No. 213 de 1953, artículo 176).

Si bien es cierto que en ese tiempo, esta norma así como estaba redactada, daba pie para muchas interpretaciones, por lo cual, esto fue denominado como un sentido de definición genérica de fraude, de la cual hasta ese entonces, había muy pocos procesos de personas que incurrían en esta infracción. Pero esto cambió con la entrada en vigencia de la Constitución Chilena en el año 1980, dado a que según (Rodríguez, 2010), “a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, varias leyes han creado tipos penales específicos a través de los cuales se pretende sancionar conductas que encuadran en la descripción genérica que contiene el artículo 176”.

Lo anterior con el fin de concretar esos vacíos normativos que estaban surgiendo como consecuencia de la redacción de diferentes delitos aduaneros en los cuales su ámbito de aplicación se encontraba muy difuso por la época, en la que anteriormente este delito se denominaba como delito de fraude aduanero y contrabando, en la cual se trabajaban ambos delitos en el mismo artículo con lo cual, su evolución dio lugar a pensar si se iba a derogar este para crear dos artículos distintos, en donde en el nuevo artículo se habla solo de contrabando y no de fraude aduanero por lo que según la Ley N° 1.38, se dice que:

...originó una amplia discusión sobre el alcance de la modificación: si implicaba la derogación del delito de fraude aduanero o si se trataba sólo de una refundición de los tipos anteriores en una sola figura delictiva con una modificación de su nomen iuris.(Collao, 2010).

Esto ha sido un debate muy interesante y da lugar a que diferentes autores se hayan pronunciado sobre si el fraude aduanero en el ordenamiento jurídico chileno fue derogado o si este tipo penal, se encuentra inmerso en otros delitos, “el delito de fraude aduanero no ha sido derogado sino que fue refundido con otras figuras delictivas y modificada su denominación genérica.” (Lennon, 2003).

Finalmente, cabe reafirmar que en Chile la legislación aduanera se encuentra permanentemente en constante cambio con modificaciones casi anuales las cuales son denominadas como “Leyes de modernización”, que de hecho, hay un caso muy interesante donde “la Corte de Apelaciones en Chile, absolvió a un infractor por entender que la Ley N° 19.738 derogó el delito de fraude aduanero.” (Valdivia, 2019), lo cual nos muestra que efectivamente existen confusiones a la hora de interpretar esta norma, que al igual que en Colombia, necesita de modificaciones para que todo sea mas claro y no existan tantas confusiones. (Cárcova, 2006).

Finalmente, este paso por distintas regulaciones latinoamericanas nos ilustra un panorama desde varias perspectivas del cual, Colombia, puede tomar ejemplo para analizar las posibles soluciones que se pueden implementar de cara a la regulación del delito de fraude aduanero y la manera de como se aplicaría en el ordenamiento jurídico de tal manera que garanticen un sistema tributario y penal con menos falencias y mejor estructurado.

PROPUESTA DE SOLUCION AL CASO COLOMBIANO

Regresando al ordenamiento jurídico colombiano, donde la modificación del artículo de fraude aduanero del código penal sigue careciendo de claridad y es confuso, por lo cual, además de recurrir a los diferentes tratados internacionales previamente mencionados en el primer capítulo, una de las medidas que también se están adoptando son la de expedir leyes y decretos que regulen específicamente el fraude aduanero desde distintas perspectivas ya sea por el tipo de mercancía al que se esté defraudando el pago de los impuestos al estado, como por ejemplo el decreto en el cual se adoptan medidas para prevenir y controlar el fraude en la importación de calzado y confecciones, tocando así, un tema muy delicado el cual dice que “las operaciones de comercio exterior están siendo utilizadas por

organizaciones criminales para lavar dinero, financiar terrorismo y generar competencia desleal mediante el ingreso al país de mercancías de contrabando” (Decreto 1745, 2016), tendiendo así a fortalecer el sistema frente a situaciones que se presenten de fraude aduanero con este tipo de mercancías.

Los principales problemas a los que se enfrenta el sistema penal con relación al delito de fraude aduanero son aquellas maneras las cuales esta se puede presentar y son 4: “El contrabando abierto, la subfacturación, la sobrefacturación, el cambio de procedencia y finalmente, el cambio de posición arancelaria.” (DIAN, 2019).

Contrabando abierto: se entiende que las mercancías pudieron haber ingresado al país, evitando el control aduanero, y sin estar amparadas en los documentos formales existentes en la legislación aduanera para ello, este fenómeno conlleva a sufrir los efectos adversos en la economía, como lo son detrimento de la producción nacional, el desempleo y la disminución de los ingresos tributarios.

Subfacturación: la subfacturación es un fenómeno que hace parte del contrabando técnico y es el mecanismo mediante el cual, de manera ilegal, se registra ante la autoridad aduanera del país un precio de compra del producto mucho menor al real, por lo cual se pagarán menos aranceles y por ende menos impuesto sobre las ventas, de allí que el beneficio supere el temor de caer dentro de los esquemas de control aduanero.

Sobrefacturación: este componente del contrabando técnico es otro mecanismo ilícito utilizado con un objetivo generalmente asociado al lavado de activos. Se declara un mayor valor de la importación (sin importar tarifa arancelaria e IVA), este hecho busca falsear el valor de la importación con el fin de movilizar divisas con fines de lavado de dinero. Esta operación viene unida a mercancía inexistente o sobrevalorada, que sólo se plasma en la declaración de importación. El dinero entra al sistema financiero, paga los impuestos

correspondientes, pero la mercancía es ficticia o viene en menores cantidades a las indicadas.

Cambio de procedencia: Este tipo de contrabando técnico se configura cuando de manera fraudulenta, se cambia la identificación del país de procedencia de las mercancías. Este procedimiento generalmente está orientado a la consecución ilegal de beneficios arancelarios pactados en los tratados de libre comercio o en los convenios de diferimiento arancelario adelantados por la autoridad aduanera del país; así como con el fin de evadir controles aduaneros basados en el perfil de riesgo de los socios comerciales del país.

Cambio de posición arancelaria: Al igual que el cambio de procedencia, este tipo de contrabando técnico tendría como propósito beneficiarse, ilícitamente, de salvaguardias o exenciones de que gozan algunos productos clasificados en posiciones arancelarias particulares. (Avendaño, 2020)

Aquí, podemos observar que estas acciones fraudulentas, son causas de infracción administrativa, que la DIAN estudia, dado a que para sancionar, ellos no miran primero cuanto vale la mercancía, sino, que ellos miran primero el hecho de haber defraudado el pago de la renta relacionado a estas importaciones y luego, si al usar las distintas herramientas otorgadas ya sea por la Organización Mundial del Comercio y otros acuerdos, para valorar la mercancía resulta ser que esta es inferior a los veinte SMLMV del valor real de esta, y luego se pretende iniciar un proceso penal en contra de los infractores, ¿Qué pasaría?, Si la DIAN le remite una investigación que se esté realizando por un fraude aduanero, a la fiscalía, esta no prosperaría porque a pesar de que efectivamente se esté defraudando el pago de renta de una mercancía, esta no supera el monto por el cual esta tipificado en el código penal para que sea este delito, por lo tanto, nadie podrá ser sancionado penalmente y el sistema penal no sería efectivo en cuanto a los delitos aduaneros.

Una posible solución para estos problemas que enfrentan los operadores judiciales al momento de tener en sus manos un caso referente al fraude aduanero, es una urgente derogación a este artículo 8 de la Ley 1762 del 2015 que modifica

el 321 del código penal al momento de que se habla del monto superior de veinte SMLMV del valor real de la mercancía y solamente castigar el hecho de defraudar al estado, de esta manera, no se tiene el umbral económico el cual separa cuando esa infracción es delito y cuando no, para que así no sea necesario investigar el valor real de la mercancía para aplicar el delito, sino que esta valoración, sea haga con miras de aplicar posibles agravantes.

De esta manera, se aumentarían considerablemente las personas que sean juzgadas por este tipo de delitos, ya que la configuración del delito como tal, dejaría de ser tan cerrada como lo es ahora, hasta tal punto, de que muchos de los que defraudan el pago de impuestos al estado por importación de mercancías, no configura en que efectivamente estén cometiendo el delito, lo que finalmente sería darle un valor a esta norma jurídica.

CONCLUSIONES

El resultado de esta investigación da lugar a cuestionarnos si realmente vale la pena apegarnos a la norma tal cual la tenemos redactada en estos momentos, dado a que como hemos visto, tanto en el primer como en el tercer capítulo, estas confunden al operador jurídico que quiera aplicar este artículo del código penal, por lo que es necesario modificarla para dejarla lo más clara posible no solamente para aquellos estudiosos de las normas jurídicas, sino para todos.

Esto para, de alguna manera, erradicar ese vacío que hace que muchas personas infractoras no sean judicializadas en donde si estas infracciones se hacen cada vez más comunes, terminaría perjudicando enormemente al estado, así como nos dice (Cordero, 2012) que “Esto es lo que ocurre en materia tributaria y aduanera, en donde una evasión no pone realmente en peligro la Hacienda Pública, sino que es el efecto sumativo de dicha conducta la que puede ser lesiva para este bien jurídico”.

Y finalmente, lograr que el derecho penal sea más efectivo en cuanto a temas aduaneros y tributarios se refiere para que la Fiscalía en colaboración con la DIAN pueda hacer un trabajo eficaz para la sociedad. “el derecho penal viene a convertirse en un instrumento de policía fiscal y de recaudo, así como de protección de la sanidad de las finanzas públicas ante la ineficacia de los instrumentos

gubernamentales de administración tributaria.” (Sintura, 2019), y, por último, teniendo en cuenta como se comporta el derecho penal tributario en países vecinos, tener más clara la idea de como implementar estos cambios a la legislación aduanera y así, saber que errores no cometer.

REFERENCIAS

Libros:

Cárcova, C. M. (1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.

Morales, J. J. (2010). *Derecho Económico Constitucional Colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Publicaciones periódicas

Acuña, E. S. (1997). MERCOSUR: entre el regionalismo y el continentalismo: organización institucional, instrumentos y mecanismos de la OMC, Aladi, Alca y Mercosur (No. 1). Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Relaciones Internacionales.

BASALDÚA, R. X. (1996) Reflexiones sobre el Código Aduanero del Mercosur. *Revista de Estudios Aduaneros*, (10), 115-129.

Castilla Domingo, M. (1998). Mejores prácticas y futuro de las aduanas. En: X Seminario Regional de Política Fiscal: compendio de documentos-Santiago: CEPAL, 1998-p. B31-B66.

Cordero Quinzacara, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25(2), 131-157.

Cotter, J., P. (2010). El Código Aduanero del MERCOSUR, Aprobado por Decisión N° 27/2010 del Consejo del Mercado Común. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. *Revista* 63. ISSN 0122-0799

De Oliveira, J. A. P., & De Oliveira, M. F. P. (2017). Breves consideraciones sobre el código aduanero del MERCOSUR (CAM). *Fuentes y antecedentes de creación. Ciencia e Interculturalidad*, 20 (1), 32-41.

Dirección de Gestión Organizacional. Informe de la estimación de la distorsión en el valor de las importaciones colombianas año 2018.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). (septiembre, 2019). *Coordinación de Estudios Económicos. Subdirección de Análisis Operacional*.

Huamán Sialer, M. A. (2016). El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional. *Lex (Lima)*, 14(18), 287-314.

Lennon, M. I. H. (2003). Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros. *Revista de Estudios de la Justicia*, (3), 119-130.

Rodríguez Collao, L. (2010). Sobre la constitucionalidad del tipo de fraude aduanero. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*,

Rozemberg, R., Campos, R., Gayá, R., Makuc, A., & Svarzman, G. (2019). Informe MERCOSUR: hacia un cambio necesario. BID Nota Técnica.

Sintura, F. (2019). La nueva regulación penal tributaria. M. Piñeros (Presidencia), 43.

- Solano Medina, C., & Lombana Sierra, J. I. (2015). Comentarios sobre el nuevo delito de fraude aduanero. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 313-348.
- Trespalacios, C. A. R. (2017). La suficiencia de la garantía global de los Usuarios Aduaneros Permanentes frente a las controversias de valor (Caso: los precios ostensiblemente bajos). *Revista de Derecho Fiscal*, (10), 27-57.
- Valdivia Pichuante, Ú. (2019). Nociones generales del delito aduanero y análisis del delito de contrabando de mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de almacén particular de importación y su tratamiento jurisprudencial.
- Vega Arrieta, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53-71
- Vizcardo, S. J. H. (2015). Los delitos aduaneros en el Perú. *Docentia et Investigatio*, 17(1), 047-062.

Trabajos de grado

- Avendaño García, N. (2020). Sistema integral de riesgos para fortalecer el control del fraude tributario y aduanero (Doctoral dissertation, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.).
- Domínguez Panimbosa, F. J. (2013). *La globalización financiera y su influencia en el fraude aduanero en el Puerto de Guayaquil en el Año 20111* (Bachelor's thesis).
- Farías, Valeria (2003). El delito de contrabando en el régimen penal aduanero argentino (Tesis de grado). Universidad Abierta Interamericana, Argentina

Documentos legales

Normas jurídicas

- Congreso de la República. de Colombia (24 de Julio del 2000) "Por la cual se expide el Código Penal". Ley 599 2000. Diario oficial No. 44.09.
- Congreso de la República. (2015, 6 de julio). *Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal*. Diario Oficial No. 49.565.
- Ley de delitos aduaneros (18 de Junio de 2003). Normas Legales, LEY N° 28008, Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2 de noviembre de 2016). Por el cual se adoptan medidas para la prevención y el control del fraude aduanero en las importaciones de confecciones y calzado. [Decreto 1745 de 2016]
- Ministerio de Hacienda de Chile, (1953) Decreto Con Fuerza de Ley N° 213 de 1953 sobre la Ordenanza de Aduanas

Sentencias

- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-754/03. (M.P. Rodrigo Escobar Gil.).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2004). Sala de Casación Penal. Proceso 19702. M. P.: Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-191/16*. (M.P. Alejandro Linares Cantillo)