

Los elementos imprescindibles para el establecimiento legal de la infracción aduanera y las conductas típicas que la configuran

Francia Hernández²⁰

Resumen: la responsabilidad en el campo administrativo es el punto de partida para llegar al análisis de lo que se considera Infracción Administrativa. Se busca con este trabajo trasladar su aplicación al campo de la normativa del derecho Internacional aduanero, bajo la denominación de Infracción Administrativa aduanera, pretendiendo, por último, plantear lo que podría ser un catálogo de infracciones administrativas aplicable en materia aduanera y que pueda ser utilizado, de manera general o común, en los diferentes regímenes aduaneros y legislaciones internacionales desde la condición de declaración inexacta y de obligaciones aduaneras atribuidas a los operadores de comercio exterior.

Palabras clave: Infracción Administrativa Aduanera, regímenes aduaneros, declaración inexacta, responsabilidad administrativa.

20 Francia Inés Hernández Díaz. Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Colombia, y aspirante a doctora de la misma universidad.

The essential elements for the establishment legal of customs infringement and the typical conduct configure it

Abstrac: The responsibility in the administrative field is the starting point to arrive at the analysis of what is considered Administrative Infraction. This work seeks to transfer its application to the field of international customs law, under the name of Administrative Customs Offense, trying, finally, to raise what could be a catalog of administrative offenses applicable in customs matters and that can be used in a general or common way, in the different customs regimes and international legislations from the condition of inaccurate declaration and customs obligations attributed to foreign trade operators.

administrative responsibility

Keywords: Customs administrative infraction, customs procedures, inaccurate declaration.

Introducción

Este artículo inicia con un acercamiento al concepto de responsabilidad administrativa del usuario aduanero, partiendo de lo que la Constitución Política de Colombia regula como responsabilidad del ciudadano, realizando un análisis de lo que desde el derecho administrativo se define como Obligación, buscando abrir un camino para el desarrollo conceptual de lo que es infracción aduanera, los principios, fundamentos y tipificación de la infracción aduanera genérica o modelo, y los planteamientos sobre los principios, fundamentos y tipificación de las infracciones aduaneras concretas o particulares.

Se emplea una metodología descriptiva desde el derecho comparado de lo que debe ser considerado como infracción aduanera e infracción aduanera recurrente para terminar con una propuesta de lo que puede ser considerado como Infracción Aduanera Única o modelo, la que conclusión es aquella que deriva de las declaraciones aduaneras inexactas que tengan como fin vulnerar el debido ingreso de mercaderías de un territorio y su salida, esto es, tanto la función recaudadora o fiscal como la función propiamente administrativa, en cuanto a velar por las condiciones sanitarias, de propiedad intelectual, de origen y demás restricciones administrativas delegadas para control de la autoridad aduanera.

1. La responsabilidad administrativa del usuario aduanero

En materia administrativa, una de las situaciones que cuestiona el alcance de lo que debe ser controlado por la autoridad es lo que se debe entender como responsabilidad del administrado, concepto del cual el profesor Jaime Ossa Arbeláez (2009), señala: “No puede hablarse de un verdadero estado social de derecho y ni siquiera de un estado de derecho en donde la responsabilidad del Estado esté proscrita” (cap. 4, num. 1).

Para el caso colombiano, la Constitución Política señala en su Artículo 6 que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son, por la misma causa y por omisión o extralimitación del ejercicio de sus funciones”. En el caso peruano, su Constitución Política consagra en el Artículo 24 literal a), que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Como se observa, ambos postulados normativos parten de la condición de derecho frente a la responsabilidad que tienen los administrados ante la Ley, esto quiere decir que la responsabilidad del ciudadano se predica

respecto de condiciones de legalidad, lo que supone que tanto la responsabilidad como las consecuencias de su incumplimiento deben estar previamente descritas en una norma.

Sin embargo, antes de continuar con la explicación acerca de los ingredientes del principio de legalidad sobre la responsabilidad administrativa, es importante analizar la noción de regla, la cual se encuentra plasmada por el doctrinante César Rodríguez, en su obra *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin*:

Para entender la noción de obligación es indispensable la noción de regla; el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de esa regla (1997).

En ese sentido, según Hart, la definición de regla supone entender dos aspectos, lo que se conoce como reglas primarias y reglas secundarias:

Las reglas primarias imponen deberes positivos —acciones— o negativos —omisiones— a los individuos. Son reglas primarias, por ejemplo, las que imponen obligaciones civiles a las personas, como la obligación de los padres de sostener a sus hijos. Las reglas secundarias, entre tanto, otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar efectos de las reglas de tipo primario (Rodríguez, 1997).

De acuerdo con esta teoría positivista, lo que se reconoce como dimensión interna y externa es lo que lleva a definir las obligaciones y los derechos.

El punto de vista interno, así, es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo —v. gr. entregar nuestro dinero al asaltante— y tener la obligación de hacer algo —v. gr. entregar anualmente nuestro dinero a la administración de impuestos—. En el segundo caso, la razón de la obligación es la existencia de una regla jurídica que es aceptada por los miembros de la comunidad, mientras que en el primero simplemente nos vemos forzados a actuar para salvar nuestras vidas (Rodríguez, 1997).

Se llega entonces a la cuestión del establecimiento de la responsabilidad contenida en las normas jurídicas, bajo el entendido que, en las teorías positivistas, indistintamente de sus corrientes, se reconocen las condiciones de preexistencia y calificación de las conductas. De esta manera, se predica responsable a quien se le atribuye el incumplimiento de una serie de conductas ante las cuales se imponen consecuencias que pueden ser de tipo moral, social, económico, religioso, etc.

Según el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Ossorio, 2006), responsabilidad se entiende como:

Para la [Real] Academia, la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Considerada esa definición desde un punto de vista jurídico, incurre, a juicio de no pocos autores, en el error de confundir obligación con responsabilidad, cuando realmente se trata de cosas distintas y bien diferenciadas, [...] en la obligación, se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la deuda considerada como deber y, por otra, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando no pueda ser exigible coactivamente, mientras que la segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber.

La responsabilidad constituye el elemento de partida para llegar a desarrollar el concepto de infracción administrativa, ya que será desde la condición del deber hacer, por parte de la administración y del administrado, que se establecen las obligaciones jurídico-administrativas y sus respectivas consecuencias.

Determinar los aspectos sobre los cuales se establecen las conductas a las que se compromete el ciudadano respecto de los deberes que nacen desde la misma Constitución Política, es la condición que deviene en lo que el constituyente primario eligió como condiciones materiales para proteger o salvaguardar el comportamiento de sociedad.

El ciudadano debe al Estado lo que el Estado debe al ciudadano. Nos encontramos, entonces, frente a un deber de contribución conjunto, es decir, con cargas compartidas entre administración y administrado, en las cuales se deben la retribución de las cargas: de un lado, para el Estado, mantener las condiciones legales, económicas, políticas y sociales que permitan conservar el equilibrio de las instituciones públicas y, de otro lado, para el administrado, el deber de cumplir con las reglas y de contribuir con las cargas.

En este sentido, algunos tratadistas han acudido al campo de las relaciones entre los ciudadanos con el fin de tratar de encontrar los matices o sentidos de la responsabilidad, lo cual, sin duda alguna, utilizaremos para llegar a lo que pretendemos concluir en esta primera parte, y es la aplicación del concepto de responsabilidad, descrita en lo que se denomina como infracción, la cual trae como consecuencia la imposición de una sanción.

Para abrir el concepto de responsabilidad, Ossa Arbeláez (2009) presenta los siguientes matices:

1. Responsabilidad como obligación o funciones derivadas de cierto cargo, relación, papel
2. Responsabilidad en el sentido de factor causal

3. Responsabilidad como capacidad o como estado mental
4. Responsabilidad como reprochabilidad moral
5. Responsabilidad como posibilidad de sanción

Entendida desde su dimensión material, la responsabilidad es el deber de asumir ante un tercero, ya sea de manera voluntaria o por imposición de la ley, la ocurrencia de una conducta tipificada en la misma ley. Esta noción de responsabilidad se desarrolla en materia administrativa con rasgos de responsabilidad civil y de medidas de policía, tan es así que, en primera instancia, se asume la responsabilidad del administrado respecto de sus actos u omisiones, ya sea por cuenta propia o por ser responsable de un tercero.

En segundo lugar, la responsabilidad del administrado nace bajo la premisa de la existencia de una relación por fuente de la ley. Sin embargo, puede afirmarse que esa relación tiene como postulado principal la confianza legítima, que no necesitaría consagración legal, ya que, como lo dijo el constituyente colombiano Álvaro Gómez Hurtado, “las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de buena fe”, la cual se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades. La propuesta consta de dos elementos fundamentales:

Primero, se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir, que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante a los excesos y a las desviaciones del poder. Segundo, se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio, que parecería ser de la esencia del derecho, en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger.²¹

La responsabilidad en materia administrativa deriva, entonces, del incumplimiento de las obligaciones que la ley le encarga al administrado, obligaciones que pueden ser de hacer determinada actividad, o con relación a la exigencia del cumplimiento de unos requisitos o presupuestos que se considera convienen, respetan y preservan el interés general, lo cual permitirá al Estado mantener su statu quo.

Ahora bien, con miras a proteger y garantizar el orden, el legislador establece consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones que debe

²¹ Proyecto de acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia. Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *Gaceta Constitucional*, N.º 19, p. 4.

asumir el administrado frente al Estado. Esta modalidad de tipificación se conoce como Infracciones Administrativas, respecto de las cuales se establecen consecuencias jurídicas llamadas sanciones.²²

De acuerdo con el profesor Ossa Arbeláez, la condición civil y policiva aparece en el derecho administrativo sancionador bajo tres condiciones: i) La responsabilidad propia por el no cumplimiento de la ley²³; ii) La responsabilidad civil entre el Estado y un tercero que resulta damnificado por las infracciones; iii) La reacción de la administración por el quebrantamiento de la normativa.²⁴

Vale la pena entonces cerrar este primer capítulo con la afirmación según la cual la responsabilidad del administrado debe estar contenida en reglas o normas, las que a la postre contienen obligaciones cuyo incumplimiento acarrea consecuencias, aplicando la premisa de cometida la falta (incumplimiento de la obligación) impuesta (accionar de la administración) la sanción (consecuencia).²⁵

22 El principio de la personalidad de la sanción se desenvuelve dentro del concepto universal según el cual no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno. O, dicho en otros términos, solo quien ha realizado un hecho o ha cometido una omisión tipificada como infracción es sancionable. Es decir, únicamente se responde por los hechos propios, cada cual es responsable de sus actos y no de los hechos de los terceros.

Si se diera el supuesto de que la responsabilidad pudiera recaer sobre un sujeto extraño a determinados hechos u omisiones, se lesionaría de manera grave el principio del dolo o culpa, que es el terreno donde está cimentada la misma responsabilidad. La sanción, en este caso, se impondría con prescindencia del elemento subjetivo (Ossa, 2009, pp. 410-411).

23 Principio de legalidad. El principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen estén, en todos momentos, subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes”.

La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspectos que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas.

Sin duda alguna este es el principio que todos los expositores anuncian como el pilar fundamental del derecho sancionatorio del Estado no solo histórica, sino jurídicamente (Ossa, 2009, p. 187).

24 “Ante la presencia de una infracción, el primer damnificado es la administración, a quien se le ha vulnerado el orden jurídico preestablecido. Viene luego la operación de la misma administración dirigida a evitar que el mal siga causando problemas y, finalmente, la acción del titular del poder sancionatorio es el propio Estado.

Como puede observarse no se cubre el mismo interés jurídico con la acción de la administración y tampoco se vulnera el postulado del *nom bis in idem*.

Es posible que la responsabilidad civil se bifurque entre el Estado y un particular que también resulte damnificado con la infracción.

La sanción es la reacción de la administración por el quebrantamiento de la normatividad, la medida policiva es la adopción consecuencial de la regularización normativa y la responsabilidad civil es el corolario de los daños y perjuicios que con el obrar ilícito se causaron. No ha existido sino una sola sanción”. (Ossa, 2009, p. 50).

25 “En una concepción bien elemental se dice que es responsable el que está comprometido a asumir determinada conducta o quien debe sufrir las consecuencias del incumplimiento de una obligación determinada.

Pero subiendo el tono de la precisión y acercándose a la estrictez del rigorismo jurídico, especialistas como Rafael Caballero Sánchez, quien en cita de Noelia Ayala Muñoz, sobre el principio de responsabilidad, expresa que ella es “el reverso de la libertad, el deber de todo sujeto jurídico de asumir las consecuencias jurídicas que comporte su conducta, en los términos que establezca el ordenamiento” (Ossa, 2009, p. 52).

2. Infracciones aduaneras concretas más recurrentes en la legislación y su clasificación legislativa (derecho comparado)

Declaración inexacta

Debe advertirse que uno de los asuntos que más ha ocupado la doctrina aduanera es el que se relaciona con la declaración inexacta de la mercancía, siendo la declaración de la mercancía la obligación que pueda llamarse *Prima Facie* en el derecho aduanero, ya que sobre ella se establece la función de control aduanero, la obligación aduanera respecto de la mercancía.

Declarar la mercancía no es otra cosa que informar y suscribir las condiciones técnicas y jurídicas del bien objeto de importación, así como las operaciones comerciales, civiles y tributarias que sobre ella recaen. Aparecen entonces dos principios: el de veracidad y el de identidad, titularidad o coincidencia.

De la *veracidad* se predica, como su fin exclusivo, el de probar la realidad, integridad y legalidad de la operación de comercio exterior realizada, la que ha quedado completamente informada en la declaración aduanera. Se pide de ella que recoja y que contenga la verdad del negocio, del hecho económico que se está acreditando ante la aduana de ingreso, de tránsito o de salida. La veracidad implica:

1. El reconocimiento del consignante y consignatario de la mercancía
2. La correcta descripción de la mercancía
3. La correcta clasificación arancelaria de la mercancía
4. La correcta declaración en aduana del valor de la mercancía
5. La integración en derecho de la base gravable
6. El reconocimiento de requisitos administrativos o de origen de la mercancía
7. El correcto acogimiento al régimen aduanero
8. El debido relacionamiento y originalidad de los documentos que soportan la operación de comercio exterior

Del principio de *identidad, titularidad o coincidencia* se desarrolla la obligación que cada sujeto debe asumir respecto del estado de la mercancía, los documentos aportados y quienes se presumen como propietarios, responsables de la obligación de declarar y pagar los derechos o impuestos aduaneros. Esto es, la debida acreditación del importador, exportador, transportador, agente de aduana y demás, con respecto a los cuales la aduana

deba confrontar la información contenida en la declaración aduanera y en los servicios informáticos electrónicos, con aquella que se contiene en la operación comercial (factura de compraventa, documentos de viaje, documentos que certifican origen, etc.).

Ambos principios buscan cumplir con las condiciones de veracidad, autenticidad y legalidad de la circulación de la mercancía, con el debido cumplimiento por parte de la autoridad aduanera, a fin de que se pueda constatar la completa acreditación y confianza de la permanencia de la mercancía en el territorio nacional.

Tal como lo dice el profesor Juan Patricio Cotter (2007):

Esta declaración aduanera debe ser veraz y exacta, y corresponde al declarante individualizar la totalidad de los elementos necesarios que deben ser tenidos en cuenta por el servicio aduanero para la correcta clasificación y valoración de la mercadería, así como para ejercer debidamente todas las funciones de control que se encuentren a su cargo.

En suma, lo que busca proteger la debida declaración aduanera de las mercancías es: i) La identidad de la operación (verdad de los hechos declarados); ii) La correcta determinación de las bases gravables (derechos o impuestos al comercio); iii) Restricciones administrativas (prohibiciones, origen, propiedad intelectual); iv) Mercancía diferente.

De allí que, al momento de realizar el análisis de la responsabilidad aduanera respecto de la declaración de la mercancía, no puede válidamente equipararse declaración inexacta a declaración incompleta: de la primera se predica la ausencia de alguno de los elementos que permitan acreditar legalmente la operación de comercio exterior declarada, y con relación a la segunda, se está ante la ausencia de uno de los tantos requisitos de forma que no necesariamente afectan la legalidad de la operación.

Para el caso de Colombia, por ejemplo, por muchos años se ha tenido la aplicación del requisito de descripción mínima de mercancía, donde el legislador establece un listado de características que por subpartidas arancelarias deben acreditarse en la declaración de aduanas para entender que la mercancía se encuentra plenamente individualizada, es decir, la norma lista una serie de elementos tales como: marca, referencia, composición, producto, origen, etiquetado, etc., con el fin de que sirvan de “referencia”, ya que su finalidad es enunciativa y de unificación, mas no restrictiva, buscando que la autoridad aduanera no exija características adicionales.

A pesar de su origen garantista, existen desviaciones en su aplicación, puesto que dentro de la administración de aduanas se han expedido circulares internas (memorandos) donde se equiparan errores e

inexactitudes que impiden la individualización de la mercancía, con cualquier error u omisión en su descripción mínima, entendiéndose que no necesariamente una omisión en la declaración aduanera de una de las características enunciadas en la norma conlleve una declaración inexacta (mercancía diferente), lo cual genera múltiples situaciones que llevan a aplicar el decomiso de la mercancía o sanciones administrativas en el proceso de control simultáneo.

Es posible asegurar que mediante las nuevas condiciones de tráfico seguro, lo que pudiera ser común al tráfico aduanero es la observancia de una conducta que busque cumplir con las condiciones de confianza, y en lo relativo a la declaración aduanera, un documento que en su contenido no transgreda o afecte de manera alguna el fisco nacional, prohibiciones de orden administrativo que busquen, en alguna medida, declarar operaciones de comercio exterior diferente o mercancía diferente; de allí que, al momento de establecer la conducta, el legislador tendrá las condiciones efectivas de daño que conduzcan a vulnerar los principios de veracidad, identidad y exactitud que se predicen frente a la obligación de declarar, ya que no cualquier error, o uno meramente formal, podrá considerarse como condición necesaria que afecte el bien jurídico tutelado o, aún más, que cause un daño efectivo a los intereses del Estado, ello en el campo de lo que se considera declaración incompleta o un error que lleve a una discusión en materia de clasificación arancelaria.

En su artículo Juan Patricio Cotter “Infracción de declaración inexacta en las cargas legales”, el profesor Juan Patricio Cotter hace mención respecto a lo dicho por la Cámara Nacional en lo contencioso administrativo y señala:

No existe falsedad punible cuando la descripción de la mercadería en el documento de despacho corresponde a la realidad de la mercancía, lo que permite establecer su naturaleza y tratamiento tributario, [...] La infracción de la declaración errónea solo puede referirse a la manifestación de la especie, calidad, valor, origen de la mercadería y otros elementos relevantes de la operación, más ella no queda configurada por la mera aplicación incorrecta de un determinado nivel arancelario.”

Para el caso de Colombia, el Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo, en materia de declaración inexacta y los efectos administrativos, entre otras decisiones, se acoge a los siguientes conceptos:

1. La cuestión central del debate consiste en establecer si la mercancía objeto del sub lite está o no relacionada de manera genérica en el manifiesto de carga, pues de ello depende que se deba asumir como presentada o no a las autoridades aduaneras, teniendo en cuenta que para dar como no presentada la mercancía, la DIAN aplicó en este caso la tercera hipótesis prevista en el inciso 2° del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992.

A su vez, según el Estatuto Aduanero, el "Manifiesto de carga. Es el documento que contiene la relación de todos los bultos que comprenden la carga, incluida la mercancía a granel, a bordo del medio de transporte y que van a ser cargados o descargados en un puerto o aeropuerto, excepto los efectos correspondientes a pasajeros y tripulantes y que el capitán o conductor de dicho medio debe entregar con su firma a la autoridad aduanera".

Sobre el concepto de "relación" no hay precisión en la normativa aduanera, sino que está delineado por la DIAN mediante los memorandos 1398 de 4 de octubre de 1996 y 0036 de 15 de enero de 1998, en el sentido de que debe ser "Una descripción genérica que permite establecer NATURALEZA, PESO, CANTIDAD Y ESTADO de las mercancías que se pretenden introducir al territorio Nacional", según cita que de los mismos se hace en la resolución Núm. 5917 de 13 de diciembre de 1998, aquí demandada.

Sobre el particular, la Sala, en providencia de 4 de septiembre de 2003, expediente núm. 5976, consejero ponente, doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, dejó dicho lo siguiente: "se trata de dos conceptos distintos y por ende de dos requisitos o formalidades diferentes, de suerte que vale decir que del manifiesto de carga se exige que la mercancía esté relacionada y de la declaración de importación, que esté descrita.

Sobre el alcance de la descripción hay instrucciones precisas, que hablan de la indicación de los aspectos relevantes que permitan individualizar la mercancía, tales, por ejemplo, como serie, clase, calidad, cantidad, marca, entre otros, datos que se piden de la declaración de importación debido al papel que ésta cumple en la legalización y amparo de la mercancía en el tráfico o comercio interno.

Para comprender el alcance del concepto "relacionar", previsto para el manifiesto de carga, en el contexto de la norma en comento, se debe tener presente la definición que de este último trae el Estatuto Aduanero, [...]

Es claro que esa definición es pertinente cuando se trata de mercancía susceptible de empaquetar en bultos, lo cual se da usualmente con mercancía genérica, esto es, la no posible de individualización en sus unidades, de modo que tal mercancía se debe entender relacionada cuando se indique en el manifiesto de carga el número de bultos que la contienen, a lo que cabe agregar aspectos como el peso y, obviamente, la clase de mercancía transportada. Al efecto, es procedente considerar como bultos otras formas similares, como. v. gr., rollos y cajas.

El artículo 6 de la Resolución Núm. 371 de 30 de diciembre de 1992 fija los requisitos básicos mínimos de dicho manifiesto, a saber:

* Por ejemplo, el artículo 1° de la Resolución núm. 0362 de 1996 dispone: "... en el diligenciamiento de la casilla correspondiente a descripción mercancía, deberán identificarse las mercancías con los elementos que le caracterizan. Indicando cuando sea del caso según la mercancía de que se trate, marcas, números, referencias, series o cualquier otra especificación y que las tipifiquen y singularicen". (Subrayas son de la sala).

[...] El artículo 3°, como una de las obligaciones del transportador, señala que éste deberá entregar al Grupo de Registro de Documentos de Viaje de la Aduana o puerto, aeropuerto o frontera, los siguientes documentos:

- Tres (3) ejemplares del manifiesto de carga contentivo de toda la mercancía destinada al lugar de arribo, con sus adiciones, modificaciones o explicaciones;
- Tres (3) ejemplares de las guías aéreas, conocimientos de embarque o cartas de porte, según el caso;
- Tres (3) ejemplares del documento consolidador de carga junto con los documentos de transporte que lo conforman, en los eventos en que la carga llegue consolidada;
- Lista de empaque, cuando en un mismo bulto se encuentren mercancías heterogéneas.

Como se observa, la guía aérea, o sus equivalentes (conocimiento de embarque o guía carta de porte), sirven de fundamento al manifiesto de carga y con él constituyen lo que se denomina "documentos de viaje", según la definición que de ese concepto trae el Estatuto Aduanero.

2. En este caso, la mercancía decomisada consiste en 80 computadores personales, COMPAQ PRESARIO, la cual ciertamente no aparece relacionada con esa denominación en la guía aérea ni en el manifiesto de carga, pues en tales documentos la denominación consignada es "COMPUTER PARTS", que según la traducción oficial aportada al proceso significa "PARTES PARA COMPUTADOR" (folio 130), dato que cabe decir no indica la naturaleza de la mercancía, pudiéndose observar que en este aspecto no coincide la relación hecha en esos documentos con la decomisada.

Sin embargo, conviene anotar que, atendiendo el marco antes expuesto, además de la naturaleza genérica, la relación de la mercancía en el manifiesto de carga y el contenido de éste comprenden otros aspectos como son la relación y peso de todos los bultos que la conforman, así como de los documentos ya mencionados. Dicho de otra forma, la relación de la mercancía en el manifiesto de carga, y en la guía aérea, por consiguiente, es mucho más que la indicación de la naturaleza genérica de la misma, sin desconocer que éste es un dato sustancial para el efecto.

Así pues, el tópico en comento conlleva una apreciación integral de los "documentos de viaje", tanto en cuanto al contenido de cada uno como en tanto al cotejo de todos ellos.

Al respecto, se tiene que siguiendo la traducción de la guía aérea que en este caso fue presentada por el transportador, en ella se indica el número de paquetes, forma de empaque, peso, dimensiones, el número de unidades de cada paquete, que están dados en forma de estiba (cajas apiladas en una base o plataforma de madera, cubiertas con una malla para evitar que se caigan o las sustraigan), las cuales son dos, una estiba con 50 unidades y otra con 30 unidades, para un total de 80 unidades, y la referencia de los documentos de embarque para cada paquete o estiba, distinguidos con los números X98777790 y X98777788.

Por consiguiente, esos embarques, denominados también lista de embalaje, hacen parte de dicha guía, y como tales fueron aportadas con ésta. Cuya traducción oficial también se allegó al plenario, y en ellas la mercancía descrita es 30 unidades de computador personal Presario modelo 1230 y 50 unidades de computador personal Presario Modelo 1230, respectivamente (folios 131 y 132).

Los referidos embarques o listas de embalajes a su turno están acompañados de las correspondientes facturas, también traducidas al castellano en este proceso, visibles a folios 133 y 134, en las cuales también se lee que la mercancía es computador personal Presario en cantidades de 30 y 50 unidades.

Si bien los documentos de embarque y las facturas comerciales no son el manifiesto de carga, es claro que le sirven de fundamento de manera indirecta, puesto que son el soporte necesario de la guía aérea, la cual a su turno lo es de aquél, y junto con ambos cabe tenerlos como documentos de viaje, en cuanto éstos son definidos por el Estatuto Aduanero como "e/Manifiesto de Carga, con sus adiciones, modificaciones o explicaciones, las guías aéreas, los conocimientos de embarque o cartas de porte, según corresponda, y el documento consolidador de carga y sus documentos hijos, cuando a ello haya lugar."

En esas circunstancias es claro que la incoherencia entre la mercancía relacionada y la decomisada se circunscribe únicamente al aspecto de la naturaleza, que por cierto no es absoluta por cuanto no se trata de una disparidad o discrepancia total, sino que hay concepto común entre ambas, cual es de computador, todo lo cual permite inferir sin lugar a dudas que esa incoherencia obedeció a un error en la elaboración de la guía aérea por el transportador y en consecuencia del manifiesto de carga en ese sólo (sic) aspecto de la naturaleza.

3. Precisado lo anterior, es menester dejar en claro si ese sólo (sic) error es suficiente para asumir que la mercancía decomisada no fue relacionada en el manifiesto de carga, como lo exige la norma aplicada en el acto acusado, y por tanto que no fue presentada ante las autoridades aduaneras en legal forma al momento de su descargue, pudiéndose decir al respecto que una apreciación razonable y ajustada a los principios que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas y las aduaneras en especial, conduce a considerar que no es suficiente, sin perjuicio de las sanciones que al transportador le puede acarrear el comentado error, debiéndose, entonces, tomar la mercancía como declarada en el manifiesto de carga, visto en armonía con los documentos que le sirven de soporte y que como consta en el plenario fueron presentados a las autoridades aduaneras como lo dispone el artículo 3° de la resolución 371 de 1992.

Una situación similar se examinó en fallo de esta Sala de 28 de junio de 2001, expediente núm. 6667, consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta, en la cual se puso de presente:

"[...] no se trató de presentación del manifiesto de carga con posterioridad al descargue de las mercancías, ya que es claro que éste se presentó, aunque con el error comentado, pero con otros datos que permitan establecer la coincidencia de la mercancía descargada con la amparada por el manifiesto: cantidad de paquetes, peso, valor y descripción de la misma en los anexos. A ello se agregan las advertencias oportunas del error con los soportes documentales respectivos, de todo lo cual hizo caso omiso la DIAN".

De otra parte, tampoco cabe deducirle culpa al importador por presunta negligencia suya, toda vez que la información de que disponía, según las probanzas, permite pensar que le daban la confianza suficiente de que todo estaba en orden, luego para él, dada esta situación, lo ocurrido no fue del todo un hecho previsible.

Así las cosas, es evidente que no se está ante un caso de falta de relación o declaración de mercancía en el manifiesto de carga, como de manera forzada y excesivamente rigurosa o formalista ha querido considerarle la Administración, puesto que la mercancía del sub lite efectivamente aparece declarada y el error indicado aparecía contrarrestado por otros documentos e informaciones que avalaban la realidad de la situación y desvirtuaban cualquier posibilidad de fraude o infracción al régimen aduanero, de donde se concluye que la situación no es subsumible en el artículo 4° del Decreto 1105 de 1992, norma cuya violación se le endilgó a la actora en el pliego de cargos y en las resoluciones acusadas y, según la cual, las mercancías que ingresen a territorio colombiano y que constituyan la carga de un medio de transporte, deberán estar relacionadas en el manifiesto de carga; como tampoco en los artículos 12 y 72 del Decreto 1909 de 1992, también aplicados en tales actos, y a cuyo tenor, en su orden, el manifiesto de carga y demás documentos serán entregados a la autoridad aduanera antes del descargue de la mercancía; y se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron documentos de transporte a la aduana.

Lo anterior no significa que se afecte la eficacia de las normas y los controles aduaneros, puesto que se debe tener en cuenta que, una vez descargada y presentada, la mercancía queda bajo el control o vigilancia de la aduana junto con los documentos que le fueron presentados y que esa presentación es apenas uno de los pasos previos a la legalización o nacionalización de la mercancía, la cual se sustenta en la declaración de importación, en la que ya no sólo se relaciona sino que se debe describir con los detalles necesarios para la individualización de aquélla, dada la importancia de dicho documento para garantizar y controlar el tráfico de la misma en el territorio nacional.

El aludido control subsiguiente al descargue, que implica la radicación e introducción al sistema del manifiesto de carga y de todos los documentos que lo acompañan, con anotación de las observaciones que a bien tengan hacer los funcionarios que atiendan el asunto, según los artículos 12 y 13 de la precitada resolución 371 de 1992, permite que se le haga seguimiento a la mercancía y a la respectiva documentación, amén de las sanciones administrativas que por error en la elaboración de

los documentos aduaneros prevén las normas de esa materia.²⁶

De esta referencia jurisprudencial es posible advertir que el juez se pronuncia con relación a la necesidad de adecuar la declaración inexacta a postulados de falsedad frente a lo pretendido en la declaración y, si efectivamente se configuran conductas tales como la evasión u obtención ilícita de algún beneficio administrativo o tributario.

Es posible entonces concluir que lo que debiera ser común en las diferentes legislaciones aduaneras es catalogar como infracción administrativa aduanera las declaraciones inexactas²⁷, que tengan como fin vulnerar la confianza o el despacho seguro que pretende ser controlado por la aduana en relación con el ingreso y salida de mercaderías de un territorio.

3. Planteamiento sobre los principios, fundamentos y tipificación de la infracción aduanera genérica o modelo

Lo que se pretende lograr, sin duda alguna, es la correcta armonización entre Obligación Aduanera e Infracción Aduanera. Se entiende la primera como aquella que nace por concurso de la ley y contiene la relación jurídica entre la administración aduanera y los sujetos que de manera directa e indirecta intervienen en las operaciones de comercio exterior, como también lo que tiene que ver con la debida circulación de las mercaderías.

Uno de los principios que enmarca al derecho administrativo sancionador es el de legalidad, el cual busca garantizar que las conductas que serán objeto de revisión y control se encuentren expresa y claramente consagradas en la ley. De ahí que para desarrollar de manera concreta una definición de Infracción, el primer presupuesto sea la condición que se

26 Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. C.P.: Dr. Rafael E. Outau de la Font Pianeta. Expediente No. 8952 2004

27 Al respecto Barreira, en un excelente trabajo, distingue tres sistemas de declaración aduanera informativa (o declaración aduanera propiamente dicha), a saber: A) aquella que se limita a los "elementos de hecho" (limitada a informar todos los datos de mercaderías y de la operación que sean conducentes a una correcta clasificación arancelaria y valoración por parte de la aduana), B) aquella que, además de los elementos de hecho, requiere la declaración de los "elementos normativos" (entendiéndose como tales a la clasificación arancelaria y a la valoración de la mercadería, trasladando así la aduana al declarante la delicada fusión técnica de clasificar y valorar en la operación; la que muchas se presta a interpretaciones particulares, o bien decisiones internas de la aduana que el administrado declarante ni siquiera conoce) y C) aquella cuyos "elementos de hecho" y "elementos normativos" debe instrumentarse por vía informática (en estos supuestos la declaración aduanera debe adecuarse y acortarse a las codificaciones informáticas previstas de antemano por el sistema para las descripciones de las mercaderías y de la operación, con el inconveniente de que el sistema en muchísimos casos no contempla determinadas particularidades que el administrado declarante desea manifestar y por cuestiones informáticas no puede hacerlo quedando compelido, de tal suerte, a declarar incorrectamente bajo riesgo de no poder instrumentarse la declaración y paralizarse los trámites de despacho). Pues bien, en el impulso agilizador de las gestiones aduaneras, se ha adoptado el segundo sistema (b) trasladando las funciones técnicas de la aduana de clasificar y valorar las mercaderías a despacho e indicar su tratamiento aduanero a los propios administrados declarantes, más aun, en el caso de la legislación argentina (Vidal Albarracín et al., 2009)

encuentre tipificada de manera inequívoca en el ordenamiento jurídico, sin que de ella pueda predicarse ningún vacío o imprecisión que lleve a limitar el ejercicio de la facultad discrecional del operador jurídico.

Es así que en relación con la obligación aduanera se propone reconocer tres aspectos relevantes:

1. La Responsabilidad Tributaria
2. La Responsabilidad Objetiva Aduanera
3. La Responsabilidad ante el delito

La primera versa sobre la obligación de dar a la administración la contribución que legalmente se cause en la operación de comercio exterior; la segunda es el cumplimiento de la obligación de hacer, soportar, informar y realizar todo lo que el legislador ha establecido como formalidades, trámites, procedimientos y regímenes que soportan el movimiento de las mercancías, y la última son aquellas conductas que contravienen el ordenamiento penal respecto del delito aduanero.

Para efectos de la obligación aduanera, la legalidad parte de la primera condición que busca establecer la circulación y el tráfico nacional e internacional de mercaderías, bajo la calificación de que esa circulación será: i. Adecuada y real (presentación y declaración de la mercancía objeto del tráfico internacional); ii. Cumpla con las condiciones de contribución (la debida conformación de la base legalmente imponible a través del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que fijen los derechos e impuestos al comercio exterior); iii. No vulnere el bien jurídico tutelado por el legislador.

Con relación a las dos primeras obligaciones, se parte de la premisa que, para que se imponga la sanción y se califique la infracción, es preciso que la operación haya sido sometida al control aduanero, en tanto que la primera condición de legalidad es que se califique la conducta como contraria a la ley y que exista una autoridad encargada de verificar, investigar y sancionar al presunto infractor.

La primera propuesta de definición de Infracción Aduanera, que nos lleve a cumplir con el principio de legalidad, es la siguiente: “Son los hechos formales, sustanciales y tributarios que sean contrarios al ordenamiento jurídico que pueden surgir por las operaciones en materia de comercio exterior.”

Aunque es claro que en materia administrativa sancionatoria la tipificación no puede particularizarse en detalle, la llamada tipificación genérica no puede entrar en conflicto con lo que establece la ley aduanera (legalidad).

Al respecto, el profesor Alejandro Nieto (1994) afirma:

Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos, sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición, cuyo cumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quiere ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir, una reproducción de textos en doble tipografía.

En materia administrativa aduanera, el pretipo que proponemos considerar atiende no a los sujetos que intervienen en la operación ni a las conductas o modo de operar del infractor, sino a la consecuencia que produce el incumplimiento del mencionado pretipo:

1. El control como función principal de la aduana
2. El ingreso de la mercancía a un territorio aduanero y su salida de él (régímenes aduaneros).
3. Debida circulación de mercancías.
4. El cumplimiento de las leyes de orden público, en cuanto a las restricciones o prohibiciones establecidas para la circulación de mercaderías en un territorio.
5. El cumplimiento de las leyes tributarias para el establecimiento de los derechos, gravámenes, tasas, contribuciones y demás erogaciones fiscales de naturaleza aduanera.
6. El cumplimiento de las normas penales, respecto de lo que se ha establecido como fraude comercial y aduanero.

Si los administrados aduaneros no se acogen a estos pretipos mencionados se activa la función sancionatoria aduanera, teniendo presente que, de acuerdo con la teoría clásica del derecho administrativo, la finalidad de las sanciones puede ser: retributiva, intimidatoria o compensatoria del daño producido por el acto ilícito.

Para el caso que nos ocupa, es posible plantear la imposición de carácter patrimonial o económico, en tanto lo que se busca en materia administrativa a través de la multa es que se configure una verdadera retribución al daño causado. En relación con este tipo de sanciones puede predicarse una tasación por porcentaje de la operación incumplida: valor de fletes causados, porcentaje de tributos dejados de pagar, porcentaje del valor de la mercancía, unidades de salarios mínimos o valor tributario.

Ahora bien, existe otro modelo orientado a imponer la suspensión, cancelación de la autorización o habilitación del sujeto aduanero, al que le ha sido otorgado una concesión o un permiso administrativos, este tipo de sanciones deben ser aplicadas en relación con el incumplimiento de conductas que involucren tanto prototipos tributarios y administrativos como penales.

La amonestación o el llamado de atención se encuentran establecidos como sanción en algunos ordenamientos jurídicos. En el caso de Colombia, el efecto aflictivo consiste en realizar una primera advertencia administrativa a la omisión en el cumplimiento de la obligación, sin que ello genere la inhabilitación o cancelación (pérdida de un derecho) o la medida pecuniaria de una multa, pero sí un antecedente administrativo negativo ante la calificación del riesgo por parte de la autoridad.

Sumado al tipo de la sanción —pecuniaria, inhabilitante o llamado de atención—, se encuentra el efecto que puede tener la norma sancionatoria por la naturaleza de grave o leve: las graves son las que tienen un efecto represivo o de castigo más significativo desde lo pecuniario y lo moral y las leves, un efecto menor.

Entre unas y otras lo que debe buscarse es elegir un modelo sancionatorio que cumpla el cometido de menguar o desaparecer las prácticas infractoras que atenten contra el debido ejercicio de control de la aduana del tráfico internacional de la mercancía.

4. Planteamiento sobre los principios, fundamentos y tipificación de las infracciones aduaneras concretas o particulares

Una propuesta de unificación, que puede ser relevante y común a las legislaciones, es clasificar las infracciones aduaneras con base en el tipo de consecuencia que producen, en tanto las obligaciones en materia aduanera están dadas en el deber de hacer (cumplir con un requisito o formalidad, calificación o habilitación) y el de dar (pagar la tasa, contribución, derecho o impuesto), y que en ambas se busca un interés común y es el de proteger el control aduanero respecto del tráfico de mercancías (nacional e internacional).

Uno de los aspectos que sin duda contribuye al Principio de Facilitación al Comercio es lograr unificar el ejercicio de valoración de la lesividad de las conductas de los usuarios aduaneros frente a la consagración normativa de las infracciones, por competencia directa del legislador para calificar las conductas que juzga reprochables en materia administrativa aduanera. Este juicio de lesividad proponemos orientarlo a las consecuencias que puede producir el incumplimiento de las obligaciones aduaneras, las cuales consideramos pueden ser:

- Tributarias: que afectan directamente al fisco ante el evento de que la conducta compromete una obligación principal de pagar los derechos, tasas, tributos o la obligación de contribuir.
- Administrativas u objetivas: aquellas que son contrarias al cumplimiento de los regímenes aduaneros, que pueden llamarse objetivas, es decir que no causan daños al fisco y no infringen la norma penal.
- Las que dan lugar a la calificación del delito aduanero.

De este modo, se comparte la clasificación propuesta por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA), en tanto se da un reconocimiento unívoco del concepto de obligación aduanera a partir de unas conductas que puedan tener una base jurídica común a las legislaciones, en la imposición de las sanciones últimas que deben aplicarse con criterios de proporcionalidad, razonabilidad y efectividad.

Este modelo permite, según nuestra consideración, un mayor reconocimiento de las necesidades nacionales e internacionales, por cuanto no cuantifica la infracción por su consecuencia económica, sino que busca encuadrarla por el acto de incumplimiento de la obligación.

En cuanto a lo que se entiende por obligación tributaria, extraemos la definición de dos acuerdos internacionales:

Mercosur

Artículo 160 – Definición. La obligación tributaria aduanera es el vínculo de carácter personal que nace con el hecho generador establecido por este Código y que tiene por objeto el pago de los tributos aduaneros.

Artículo 161 – Responsabilidad. Es responsable por la obligación tributaria aduanera el declarante o quien tenga la disponibilidad jurídica de la mercadería, pudiendo cada Estado Parte extender esa responsabilidad de manera solidaria a quien ejerza la representación de dichos sujetos. (Mercosur, 2010)

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

Tributos Aduaneros: Todos los impuestos, contribuciones y tasas de carácter aduanero. Asimismo, comprende los derechos antidumping o compensatorios, el impuesto sobre las ventas al valor agregado o similares que sean cobrados con ocasión de las operaciones de comercio exterior. (CAN, 2003, Decisión 574)

1. Es el vínculo jurídico entre el declarante y la administración aduanera en virtud del cual se hace obligatorio el pago de los derechos e impuestos, tasas, recargos y sanciones a las que hubiere lugar, respecto de las mercancías sometidas a la potestad aduanera.

2. La obligación aduanera nace con la introducción de las mercancías al territorio aduanero comunitario y se perfecciona en el momento de producirse la aceptación por la administración aduanera de la declaración aduanera de mercancías, o en el momento en que se constate que se generó la misma. (CAN, 2007, Decisión 671)

Entre las conductas que pueden generar incumplimientos a la obligación tributaria se encuentran las siguientes: aquellas orientadas a la sobrevaloración, al acceso a una tasa menor y a la competencia desleal; el indebido tratamiento en el manejo del origen; la subvaluación; la no declaración del ingreso o salida de la mercadería; la simulación de regímenes aduaneros procurando obtener beneficios tributarios que no le corresponden; el contrabando; la introducción irregular de mercancía a un territorio siempre que la misma represente no pagar tributos o un pago menor, y la sustracción de la mercancía del control aduanero.

Todas ellas se encausan a reconocer una deuda aduanera con el fisco, ya que se incumple con algunas de las condiciones, en la ley nacional o supranacional, relacionadas con el correcto y adecuado cumplimiento de la contribución a través del pago de los derechos o impuestos tipificados por la ley.

En este escrito, las llamadas infracciones objetivas o administrativas son aquellas puramente aduaneras vinculadas al cumplimiento de los procedimientos, formalidades y trámites que afecten directamente el tráfico nacional e internacional.

El concepto de obligación aduanera se incluye en algunos acuerdos que buscan en América la integración regional. Veamos:

Comunidad Andina de Naciones (CAN)

OBLIGACIÓN ADUANERA. Es el vínculo jurídico entre la Administración Aduanera y cualquier persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad, régimen, destino u operación aduanera, derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondientes a cada una de ellas, quedando las mercancías sometidas a la potestad aduanera y los obligados, al pago de los derechos e impuestos, tasas, recargos y sanciones a que hubiere lugar. (CAN, 2007, Decisión 671)

Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA)

OBLIGACIONES ADUANERAS. La obligación aduanera está constituida por el conjunto de obligaciones tributarias y no tributarias que surgen entre el Estado y los particulares, como consecuencia del ingreso y salida de mercancías del territorio aduanero.

La obligación tributaria aduanera está constituida por los derechos e impuestos exigibles en la importación o exportación de mercancías.

Las obligaciones no tributarias comprenden las restricciones y regulaciones no arancelarias, cuyo cumplimiento sea legalmente exigible. (CAUCA, 2000)

Entre las conductas que pueden dar lugar a la tipificación de lo que llamamos infracciones objetivas o administrativas, se encuentran las siguientes:

Incumplir la obligación de presentar documentos y declaraciones aduaneras; incumplir con las condiciones de habilitación y calificación de un usuario; no conservar documentos; no mantener y usar el sistema informático; no cumplir con un perfil de riesgo bajo; no cumplir con el ingreso por lugares habilitados o autorizados; las infracciones relacionadas con el control, manejo y seguridad de la carga y de las operaciones de comercio exterior; no cumplir las restricciones o requisitos administrativos (sanitarios, propiedad intelectual, fitosanitarios, etc.); incumplir el destino aduanero; infracciones relacionadas con el correcto diligenciamiento de la declaración aduanera no vinculadas con la valoración; el rompimiento o adulteración de precintos; no obtener las autorizaciones para el transporte y circulación; enajenar mercancía que se encuentre en restringida circulación.

A pesar de la propuesta presentada, algunas legislaciones locales cuentan con clasificaciones orientadas a agrupar la infracción por la gravedad (gravísimas, graves, leves) de acuerdo con la graduación de la sanción, atendiendo al sujeto aduanero por la conducta o el hecho infractor (Rohde Ponce, 2002, pp. 353-354), en consideración a que cuando se analiza la consecuencia que produce el incumplimiento de la obligación aduanera se construye un marco general que no se opone a las infracciones ya mencionadas y se califica, tanto la obligación personal como aquella que recae sobre la operación de comercio o la mercancía, buscando, como se ha mencionado aquí, armonizar la definición de obligación aduanera, reconociendo que la relación que se da entre Estado y ciudadano no es horizontal sino vertical, y con ello la realidad de la imposición unilateral de las obligaciones por parte del Estado.

Se propone una tercera clasificación, la que se considera muy apropiada, en tanto precisa aquellas infracciones que dan lugar a la calificación de un delito, por ello, la infracción aduanera penal se denomina como aquella que se ocupe de proteger el bien jurídico tutelado que, para efectos aduaneros, puede ser el cumplimiento del control aduanero de tráfico de mercancías, esto es, las infracciones que producen una lesión al bien jurídico tutelado: la defraudación del Estado.

Estas conductas pueden partir de verbos rectores tales como: ocultar; sustraer del control aduanero; falsificar; adulterar; sobornar; simular; evadir; no declarar y no presentar la mercancía a la autoridad aduanera.

La inclusión del delito aduanero en el ordenamiento jurídico nacional e internacional busca darle el debido control a lo que, tanto la Organización Mundial de Aduanas como la Organización Mundial de Comercio, han establecido como fraude en materia comercial y aduanera, por ser el fraude²⁸ una de las principales causas de perturbación a la Facilitación del Comercio.

Como conclusión, una de las medidas de armonización que puede ser necesaria y eficaz en la lucha contra el fraude en materia aduanera es la clasificación de las infracciones aduaneras, por lo que se propone un marco orientado a estudiar las infracciones por el tipo de consecuencia que producen, a saber:

Infracción tributaria (aduanera): el incumplimiento de la obligación de dar o contribuir a través del correcto pago del tributo.

Infracción objetiva o administrativa (aduanera): el incumplimiento de la obligación del debido tráfico internacional de la mercancía.

Infracción penal (aduanera): violación a la función de control de la aduana.

Conclusiones

1. A los operadores de comercio exterior, frente a su función de ser auxiliares en la correcta realización de la operación logística y, por ello, tener la responsabilidad de no defraudar la confianza ante la administración y ante terceros, se les exige un accionar dentro de las buenas prácticas reconocidas en las operaciones que tienen a su cargo, así como una conducta basada en la transparencia en el manejo de su autoridad. Por lo tanto, se propone unificar para ellos la obligación administrativa principal de mantener la calidad del servicio aduanero para el que fueron calificados y habilitados, y que su conducta no implique ser facilitador en la comisión de un *ilícito aduanero*.

2. El establecimiento de infracciones indeterminadas, inexactas, incompletas o en blanco se opone al principio de seguridad jurídica, a fin de evitar conflictos de intereses y de imponer sanciones al sujeto que no corresponda.

3. Las normas que establezcan las infracciones aduaneras deben cumplir con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ya que tanto el

28 “En una acepción amplia, se entiende por fraude aduanero toda violación, o tentativa de violación, de la legislación aduanera o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es competencia o responsabilidad de las aduanas.

El fraude comercial aduanero comprende todo fraude en este rubro excluyendo aquellos supuestos de ingreso y salida de mercancías del territorio aduanero en los que no se realiza la presentación de la mercancía ante la autoridad aduanera.

[...] el fraude como tal puede ser llevado a cabo en cualesquiera de las etapas de la transacción comercial; [...] antes del despacho, durante el despacho y posterior al despacho. En tal sentido corresponde a las Administraciones Aduaneras prever el Control Aduanero en las mismas instancias en que la transacción se pueda cometer.

Existen diversas modalidades de fraude, [...] incorrecta declaración del valor, la cantidad, traspaso de mercancías, origen de las mercancías, cambio de subpartida arancelaria, acogimiento a un beneficio indebido de devolución de impuestos, doble registros en libros contables, entre otros” (Garavito Castillo, 2007, pp. 19-20).

Acuerdo de Facilitación (OMC, 2014) como el Convenio de Kioto invitan a determinar conductas en las que se identifique sin equívoco al sujeto destinatario de la sanción, así como evitar conflictos de intereses en la determinación y recaudación de sanciones y derechos y no vulnerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la sanción (OMC, 2014, Art. 6, num. 3).

4. Al Decomiso de mercancías, por ser una sanción administrativa, se le debe aplicar la institución jurídica de la caducidad de la acción administrativa, mucho más cuando la sanción para este caso puede tener connotaciones penales, lo cual quiere decir que, para imponerla como medida definitiva por factor de competencia, debe ser atribuida a un juez y no a la Administración Aduanera.

5. En la legislación aduanera, se propone unificar como infracción administrativa aduanera las declaraciones inexactas que tengan como fin vulnerar el debido ingreso de mercaderías de un territorio y su salida, esto es, tanto la función recaudadora o fiscal como la función propiamente administrativa, en cuanto a velar por las condiciones sanitarias, de propiedad intelectual, de origen y demás restricciones administrativas delegadas para control de la autoridad aduanera.²⁹

6. Ante la Aparición de la Figura del Operador Económico Autorizado, puede entenderse que surge en el derecho aduanero una nueva obligación y es la de tener que ubicarse en un nivel de confianza que no siempre tiene reglas conocidas, ya que, al decir de algunas legislaciones, la calificación del riesgo es una facultad administrativa propia de su función de inteligencia, con lo que, bajo la llamada Reserva Legal Administrativa, puede serle negada o no validada la condición de usuario de confianza, de allí que ante la obligación de mantener el cumplimiento de los criterios de riesgo establecidos por cada legislación, la pérdida de la calificación se puede entender por sus efectos morales, comerciales y legales como una verdadera sanción administrativa.

7. Se debe evitar la tipificación de infracciones por errores³⁰ meramente formales, así como incorporar criterios de responsabilidad subjetiva, esto es, analizando la condición volitiva del infractor, donde se sancione la intención de fraude o la grave negligencia en el cumplimiento de las obligaciones.

29 4. Norma. "La legislación nacional determinará un período vencido el cual no se podrá llevar a cabo ningún procedimiento relativo a infracciones aduaneras y determinará la fecha a partir de la cual se iniciará el período mencionado". (ALADI, s.f., Anexo Específico H. Capítulo I).

30 24. Norma. "Cuando se proporcione datos falsos en una declaración de mercancías y el declarante pueda demostrar que se tomaron todos los pasos razonables a fin de proporcionar una información correcta y exacta, la Aduana tomará este factor en cuenta cuando considere la eventual imposición de una multa".

25. Norma. "Cuando se cometa una infracción aduanera como consecuencia de un hecho de fuerza mayor o por otras circunstancias fuera del control de la persona interesada y no hubiere fraude o negligencia o intento de fraude de su parte, no se aplicará ninguna multa a condición que los hechos sean debidamente probados a satisfacción de la Aduana. (ALADI, s.f., Anexo Específico H. Capítulo I).

Una de las medidas de armonización que puede ser necesaria y eficaz en la lucha contra el fraude en materia aduanera es la clasificación de las infracciones aduaneras, por medio de un marco orientado a estudiar las infracciones por el tipo de consecuencia que produce, a saber: Infracción tributaria (aduanera); Infracción objetiva o administrativa (aduanera), e Infracción penal (aduanera).

9. En aras de garantizar la seguridad jurídica para el derecho internacional y en especial para el cumplimiento de la facilitación al comercio, con el ejercicio e intervención de los organismos y convenios de naturaleza multilateral, se debe proponer una clasificación uniforme que permita dar a todos los países una directriz para la identificación y clasificación de la infracción administrativa aduanera típica, con el fin de dinamizar la función de control de las aduanas y el cumplimiento voluntario de las obligaciones por parte de los usuarios dedicados al comercio.

Bibliografía

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). (s. f). Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (revisado). Consejo de Cooperación Aduanera. Organización Mundial de Aduanas (OMA).
<https://www.dian.gov.co/aduanas/oea/inicio/Documentos%20de%20interes/OMA%20Convenio%20de%20Kyoto.pdf>

Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA). (2000). Segundo Protocolo de Modificación al Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA III). <http://www.sice.oas.org/Trade/sica/PDF/CAUCAIII00.pdf>

Comunidad Andina de Naciones (CAN). Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE). (2003). DECISIÓN 574. Régimen Andino sobre Control Aduanero.
<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec574s.asp>

Comunidad Andina de Naciones (CAN). (2007). Decisión 671. Armonización de Regímenes Aduaneros.
<http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC671.pdf>

Cotter, J. P. (2007). Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.

Cotter, J. P. (s. f). “Infracción de declaración inexacta en las cargas legales”. Revista Jurídica Argentina La Ley.

Garavito Castillo, J. A. (2007). Control Aduanero. Lima, Perú: Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Asistencia Relativa al Comercio I.

Mercado Común del Sur (Mercosur). (2010). Código Aduanero del Mercosur.
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49135/Dec._27_10._C3%B3digo_Aduanero_46_p_.pdf?sequence=8&isAllowed=y

Nieto García, A. (1994). Derecho Administrativo Sancionador. 2.ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (27 de noviembre de 2014). Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio.
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/L/940.pdf&Open=True>

Ossa Arbeláez, J. (2009). Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. 2.^a ed. Bogotá: Editorial Legis.

Ossorio, M. (2006). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 33 ed. Buenos Aires: Ed. Heliasta.

Rodríguez, C. (2007). La Decisión Judicial. El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Rohde Ponce, A. (2002). Derecho Aduanero Mexicano. Tomo 2. Regímenes, contribuciones y procedimientos aduaneros. México: Ediciones Fiscales ISEF.

Vidal Albarracín, H. G., Vidal Albarracín, G., y Sluman, J. M. (2009). La responsabilidad del despachante de aduanas. Buenos Aires: Ed. IERA-Guía Práctica.