



# Memorias

## Primeras jornadas de Derecho Aduanero

"El Derecho Aduanero y el  
sistema judicial colombiano"

*Bogotá, 19 de septiembre de 2007*

# La importancia del derecho aduanero en los sistemas de justicia de latinoamérica

Andrés Rohde Ponce

| 31

**L**os países latinoamericanos somos naciones jóvenes que hemos nacido al mundo moderno tardíamente. En los años 1800 estábamos luchando por nuestra independencia y en los años 1900 estaban casi todas inmersas en la construcción moderna de Estado, que para la mayoría implicó revoluciones armadas que llevaron a la creación de las bases institucionales políticas, económicas y sociales.

La construcción moderna de Latinoamérica arranca entre 1920-1940, cuando se empiezan a consolidar los Estados y se impone la democracia y otras formas de gobierno, pero todos ellos ya con sustentos políticos propios y distintivos.

Nos metimos en una historia de crecimiento, pero basada en el caudillismo y en los grandes próceres, de tal manera que en los principios del siglo viejo, Siglo XX, fue como dejar atrás esos caudillos, para construir un estado de instituciones. Esta es la historia latinoamericana de 1920 a 1950. En este periodo se crearon los bancos centrales, se institucionalizó la división

de poderes, se empezaron a crear los partidos políticos, dándose así la creación del estado moderno.

Por su parte, en el sistema judicial ocurrió algo parecido en todos los países, salvo en Colombia, herederos directos del Consejo de Estado.

En la mayoría de las naciones de América Latina había alguna reminiscencia de que la Administración Pública sea juzgada por el Poder Judicial. Quizá con un concepto muy exigente de la división de poderes. En América, en los años 30-40, se empieza a crear a jurisdicción administrativa y surgió, no basada en lo que hoy le da prestigio y reconocimiento (la especialidad y la honestidad de sus miembros), sino que existía una resistencia a la división de poderes porque co-existían caudillos y sistemas de gobierno presidenciales. En este panorama surge la jurisdicción administrativa, como órgano revisor. Así nace la justicia administrativa.

Desde entonces el terreno aduanero estaba vinculado a lo comercial: en el primer decenio del siglo pasado los países apostaban al crecimiento hacia adentro. Pensaban que el desarrollo de la sociedad y el bienestar popular venía de tener una industria ya que la mayoría de nuestros países en los años cincuenta estaban basados en la economía rural. Eran grandes productores de bienes primarios, que además contaba con gran éxito en América Latina porque éramos proveedores de economías de guerra.

Debido a que solo se trabajaba en productos primarios, era necesario crear una industria, como la solución que presentaba la ciencia económica al bienestar de las personas. Todos los países le apostaron a ello y eso dio en consecuencia una economía proteccionista. Toda la región estaba cerrada. Para los gobiernos regular una economía cerrada se basó en tres ejes: prohibir la importación, salvo que se tenga una licencia; segundo: un sistema fiscal que operaba bajo el principio de la determinación pública, consistente en que la mercancía a importar era reconocida, declarada, clasificada y liquidada por el órgano aduanero, de tal manera que el interesado simplemente pagaba y el tercero el uso de precios oficiales de importación.

Este era el esquema de comercio exterior proteccionista latinoamericano, que perduró hasta los años 80 - 85, cuando los países se empiezan a abrir a las reglas del *free trade* -comercio libre- que podría detallarse más:

En muchos casos el 100% de las tarifas requerían licencia previa de importación; el valor en aduanas era un precio oficial de importación; el arancel promedio ponderado era realmente exorbitante e incluso con controles de cambio.

Por lo tanto, el Derecho Aduanero tenía un carácter muy sencillo: si todo lo que puede comerciarse no está permitido que ingrese al país, luego todo ingreso es ilícito, y entonces lo Aduanero parecía lo penal.

Además, si toda mercancía requiere licencia y el criterio de resolución de la autoridad es discrecional, entonces la resolución que negaba la licencia se quedaba sin impugnación judicial ni revisión de la autoridad administrativa.

Por lo tanto, los temas de comercio exterior y aduanas llegaban al conocimiento del sistema judicial por la vía de la instancia penal. Este fue hasta hace poco el esquema de comercio exterior y su repercusión de lo Aduanero.

A partir de los años ochenta en el mundo ocurrieron grandes eventos que impactaron todo:

El fin de la guerra fría y el éxito de las corrientes políticas liberales logró derrumbar y colocar en el desprestigio a las corrientes de pensamiento totalitario y las teorías económicas socialistas

Surgió la tecnología de la convergencia: aparatos celulares, software, computadores portátiles, Internet... Y esto retribuyó en los sistemas políticos. Hoy en día es técnicamente imposible imponer la censura y a los gobiernos mantenerse aislados. Esto cambió y disminuyó el mundo. Con esto empezaron a gobernar las posturas liberales de comercio: el GATT.

Fenómenos modernos como la globalización, caída de fronteras, la tecnología, provocaron la internacionalización del Derecho, pero ésta no fue fruto del trabajo diplomático gubernamental que se plasmaba en conversiones internacionales para la uniformación.

Fue la internacionalización de los acuerdos comerciales: promovidos por las empresas y que tenían aplicabilidad directa.

Mientras el GATT proponía el multilateralismo el mundo comercial se fue a integrar los bloques regionales, y mostraba desde ese entonces que el sistema multilateral estaba fracasando.

En los sistemas de justicia tenemos todavía varios paradigmas. Pensamos que el tema de la supremacía entre los tratados internacionales y las leyes nacionales lo teníamos arreglado, pero estábamos equivocados. Hoy ese es un tema pendiente.

No ayuda mucho que la Corte expida un criterio o jurisprudencia resolviendo que los tratados internacionales están por encima de las leyes federales. Quizá por ello el legislador establece que las leyes no pueden contravenir un tratado. Es decir, el legislador secundario establece la prioridad del tratado por encima de la Ley, que viene en realidad a solucionar algunos problemas de competencia.

En materia aduanera se empezaron a caer muchos paradigmas. Los fiscalistas pronosticaron que en procesos de apertura comercial dejarían de ser importantes la obligación de paso aduanero pues la obligación tributaria sería lo trascendente. Pero el resultado fue todo lo adverso. Hoy, lo importante en el mundo es la obligación de paso, la obligación formal aduanera y deja de ser importante cada día más la obligación tributaria.

La importancia del Derecho Aduanero en los sistemas judiciales podría remarcarse si revisamos algunos temas económicos. En la mayoría de los países de América Latina, ya integrados en un Tratado de Libre Comercio, el 60% del PIB pasa por las aduanas; aproximadamente el 40% del impuesto al valor añadido es recaudado en la aduana; 7 de cada 10 empleos están relacionados con importación - exportación y el 95% de los asuntos que hoy conoce la jurisdicción administrativa tienen que ver con temas aduaneros. De ese tamaño es el impacto del tema aduanero en la vida productiva actual.

En materia aduanera empiezan a caer muchos paradigmas. Los aduaneros de antaño pensaron que no había derecho aduanero sin declaración aduanera, era *sine qua non* que hubiese algún declarante, porque sostenían que era él quien elige el régimen aduanero y a quien se atribuye la disponibilidad de la mercancía. El tema de declaración aduanera está evolucionando por la dinámica del e-paper y del paper-less, lo que trascenderá a cuestiones de responsabilidad. La legislación aduanera ha evitado la vinculación jurídica entre sujeto y mercancía para efectos de evitar la planeación fiscal.

Han estado cambiando una serie de conceptos, sin embargo hay disciplinas pendientes, por ejemplo, el de la controversia de aduanera.

Estos son los temas de hoy, donde la jurisdicción administrativa, que ha sido la creadora en casi toda América Latina del derecho tributario (no la del derecho aduanero) es tan prestigiada en el mundo por la imparcialidad de sus fallos, por la especialización de sus jueces, por la honestidad, la autonomía y la valentía merecen mucho respeto. Pero estos temas le habían estado escapando a su conocimiento y próximamente le van a llegar y tiene que estar preparada de cómo va a considerar estos temas.

Los grandes emporios mundiales desean cambiar más radicalmente el derecho aduanero: que no haya un importador radicado en territorio nacional y que las mercancías no sean reconocidas en su paso por la aduana.

Tanto en los funcionarios de la aduana como en los usuarios hay una cultura de legalidad. Uno de los grandes cambios que se ha dado es que hoy las controversias aduaneras se arreglan en los tribunales.

Analizando los temas de estas jornadas me parece de suma importancia el de establecer las responsabilidades de los sujetos que intervienen en la aduana. Se pueden vislumbrar temas vinculados: cómo se imputa responsabilidad a un residente por un acto que se cometió en territorio extranjero, que supone un ilícito en el extranjero, es decir, la corte nacional enjuiciando ilícitos que tuvieron realización en el extranjero.

El fenómeno de la internacionalización del derecho ha traído aparejada la aplicabilidad directa de los tratados, pero ¿Por dónde está entrando a los países? Por el derecho aduanero.

Por esto la importancia de este derecho. El aduanero está jalando lo que las materias tradicionales y las convenciones internacionales fracasaron: propiedad intelectual. Pero las empresas se siguen quejando de afectaciones en su propiedad intelectual, es un hecho que el mundo está jalando la protección de la propiedad intelectual al punto fronterizo, a la aduana. Se quiere que sea atribución aduanera.

Con relación a servicios e inversiones no pudo antes llegarse a un convenio. Los temas se están operando en el campo aduanero. La internacionalización del trato nacional tributario está entrando por el tema aduanero y las últimas dos que van a cambiar el panorama: seguridad y terrorismo.

El tema aduanero dejó de ser tema exclusivamente comercial en varios países, para ser ahora un tema de seguridad nacional con la finalidad de combatir el terrorismo y el crimen organizado.

Culmino con algunas ideas. ¿Cómo imputar la responsabilidad si desaparece la declaración aduanera? ¿Cómo imputo la responsabilidad administrativa en caso de que la declaración aduanera se convierta en una declaración electrónica transmitida por la transportista con anticipación al arribo?

Pero además combinado con otra novedad internacional: las empresas de *pre-shipment inspection* están chequeando el origen, valor y descripción

de las mercancías, para posteriormente asegurarlas con sellos especiales. ¿Cómo se imputa la responsabilidad? ¿Cuándo y donde demandar a quien no es residente en el territorio nacional?

Analicemos otro tema importante y es la proporción entre daño y sanción. Las leyes vienen imponiendo sanciones equivalentes al 200% y esto genera una pregunta ¿Cuál daño? En el modelo proteccionista del siglo pasado había que proteger la industria nacional, pero hoy el esquema mundial no está basado en la industria nacional, hoy internacionalmente solo es admisible otorgar medidas de protección temporal, a través de los mecanismos antidumping y antisubsidio, después de un procedimiento administrativo en forma de juicio, que por cierto se ha excluido sin razón de la Jurisdicción Administrativa.

¿Cuál daño? En un mundo de tasa cero ¿En qué sufre el fisco? Como se puede seguir teniendo a la infracción aduanera como delito de *lesa majestad* en donde no hay contribución que pagar

¿Cómo puedo valorar el daño? Solamente por la definición convencional de contrabando: haber burlado el control. Allí es fácil entender que el derecho aduanero no es otro más que la expresión soberana del Estado.

Siempre se intenta sostener este Derecho en actos comerciales pero se ha pasado por alto que es la manifestación básica pública, el dominio de Estado.

Pero en el tema de sistemas judiciales, el mundo está avanzando hacia el sistema de impartición de justicia privada. Es decir, en los países, las controversias importantes hoy son los paneles binacionales.

A pesar de que los tratados disponen que estos paneles deben fallar como lo haría un tribunal nacional (con su misma ley y mismos precedentes) y que no pueden crear sus propias jurisprudencias, en la práctica la han creado. Han creado jurisprudencias y precedentes que no solo no han seguido la del Tribunal Nacional sino que la han contradicho.

Estos son los temas de hoy: los sistemas judiciales, el intento de la jurisdicción administrativa de dejar de ser un tribunal revisor para convertirse en uno de plena autonomía.

La controversia aduanera en los países poco avanzados sigue reteniendo la mercancía. La controversia aduanera no puede ser llevada a cabo con la retención de la mercancía. Esta se debe de detener cuando existe la posi-

bilidad de un daño irreparable como en el caso de la seguridad nacional, daño a la flora, la fauna, etc.

Las leyes deben buscar que la materia quede con juicio, que siga viva y en la mayoría de los casos, donde existe retención para aclarar una clasificación arancelaria o para fincar un crédito omitido, generalmente es una cadena de perder-perder. Aun el importador que obtiene una sentencia favorable, no obtiene el resarcimiento. En esta materia, la jurisdicción administrativa tiene que avanzar a plena, es decir aprovechar la bondades que tiene: imparcialidad, prestigio, honestidad, especialidad, saber absorber el impacto de las nuevas materias que vienen: propiedad intelectual, ecología, obras públicas, pensiones, una serie de cuestiones que les van a inundar de trabajo y que tienen que estar dotados de facultades, de garantías cautelares, de ejecución sobre la autoridad pública.





**Almaviva**  
ALMACENES GENERALES DE  
DEPOSITO ALMAVIVA S.A.