

REFLEXIONES SOBRE LA INFLUENCIA DE
LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA EN EL RÉGIMEN
SANCIONATORIO DE ORDEN FISCAL
*DIANA PATRICIA RICHARDSON PEÑA**



REFLECTIONS ON THE INFLUENCE OF LEGAL SOCIOLOGY
IN THE SANCTIONING REGIME OF FISCAL ORDER

RESUMEN

En el presente trabajo se efectuará una reflexión sobre el hecho de que la desmedida protección del orden público económico, junto con el perceptible comportamiento social de algunos actores del comercio tendiente a evadir al fisco y a ingresar mercancías de contrabando al país, ha generado la estipulación normativa de un régimen sancionatorio carente de garantías mínimas constitucionales inherentes al debido proceso, en muchas de sus previsiones legales.

PALABRAS CLAVE: Derecho fiscal; Derecho tributario y aduanero; Debido proceso; Legalidad; Tipicidad; Publicidad; Lesividad.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho aduanero de la misma universidad y en derecho tributario de la Universidad del Rosario, graduada en desarrollo directivo del INALDE, Escuela de Negocios de la Universidad de la Sabana; con experiencia profesional en materia tributaria y aduanera en firmas como KPMG, en el sector público en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y en la Rama Judicial; docente investigadora permanente del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia.

ABSTRACT

In this paper, a reflection will be made on the fact that the excessive protection of the economic public order, together with the perceptible social behavior of some commercial actors tending to evade the treasury and enter contraband goods into the country, has generated the normative stipulation of a sanctioning regime lacking the minimum constitutional guarantees inherent to due process, in many of its legal provisions.

KEYWORDS: Tax law; Tax and customs law; Due process; Legality; Typicity; Advertising; Injury.

Fecha de presentación: 18 de marzo de 2020. Revisión: 20 de marzo de 2020. Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2020.



I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las funcionalidades atribuidas a la sociología jurídica se destaca, en mi opinión, aquella que permite identificar, a partir de la observación, las posibles causas fácticas o de comportamiento social que generan la emisión de las normas positivas que regulan una determinada materia, y la manera en que ésta regulada.

Esas causas fácticas pueden obedecer, tanto a la protección jurídica de un determinado principio o valor que se estima primordial para un Estado, como a la generalización de algunos comportamientos humanos cuestionables que ponen en riesgo o peligro ese valor o principio, lo que desencadena una positivización normativa con características que, en ocasiones, rebasan principios o límites tradicionalmente reconocidos como esenciales y elevados a canon constitucional, cuales son el debido proceso, la legalidad, tipicidad, publicidad y el de lesividad o proporcionalidad de las infracciones y sanciones, entre otros.

En el presente trabajo se efectuará una reflexión sobre el hecho de que la desmedida protección del orden público económico, junto con el perceptible comportamiento social de algunos actores del comercio tendiente a evadir al fisco y a ingresar mercancías de contrabando al país, ha generado la estipulación normativa de un régimen sancionatorio carente de garantías mínimas constitucionales inherentes al debido proceso, en muchas de sus previsiones legales.

II. TESIS

Dentro del ámbito de la sociología jurídica se estudia la relación entre el derecho y otros elementos de la vida social, como son el terreno ético, económico, político y filosófico¹; de ahí que sea posible admitir que en el ámbito fiscal alusivo a las normas que regulan el derecho tributario y aduanero, y particularmente frente a las sanciones aplicables en dicho ordenamiento, aquella aporte determinantes elementos de contenido económico social que establecen la manera en que el régimen sancionatorio, o, particularmente, el de control del riesgo en ese ámbito han sido concebidos.

Es comprensible que el orden público económico se erija en un valor de prioritaria protección en derivación de las disposiciones constitucionales que otorgan al Estado su dirección general para garantizar, entre otros importantes propósitos, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo².

Sin embargo, resulta cuestionable que la defensa de un determinado valor conlleve a que las normas que contemplan efectos sancionatorios a las conductas que atentan contra él establezcan consecuencias punitivas frente a situaciones que en estricto sentido no configuran una infracción.

Ejemplo de lo anterior se encuentra en las normas referentes a la gestión del riesgo previstas en la regulación aduanera, por las cuales, en síntesis, se determina el nivel de confianza de un usuario u operador ante la Administración. Así, el calificar, por ejemplo, en un nivel de riesgo alto o medio a un importador por el hecho de tener tributos en discusión o haber incurrido en inconsistencias al diligenciar sus documentos de comercio exterior, o por el hecho de que la autoridad aduanera estime que aquel no tiene el nivel de solvencia económica suficiente para realizar sus actividades comerciales, entre otras situaciones, implica que sus operaciones ante la autoridad

1 VINCENZO FERRARI. *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho*, Bogotá, Externado de Colombia, 2006, p. 17.

2 Constitución Política de la República de Colombia, *Gaceta Constitucional* n.º 116, de 20 de julio de 1991, artículo 34, disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html].

administrativa serán objeto de múltiples inspecciones, demoras, entre otras consecuencias que afectan la fluidez de sus operaciones, su credibilidad y desde luego, su buen nombre en el mercado, porque ese actor es considerado como “sospechoso” en el quehacer o práctica rutinaria de sus operaciones tributarias, aduaneras o cambiarias. A ello, debe agregarse el hecho de que las circunstancias que afectan la respectiva calificación no son conocidas por el usuario afectado puesto que la ubicación en un determinado nivel de riesgo frente a la autoridad aduanera no contempla una actuación administrativa en la que el usuario tenga conocimiento sobre los hechos que están generando la respectiva calificación³.

Este sistema ha sido cuestionado precisamente porque el procedimiento de calificación no cuenta con una fase u oportunidad procesal para que el afectado conozca y controvierta las pruebas o situaciones que están afectando su perfil de riesgo, y tampoco es factible conocer la temporalidad de esa calificación, lo cual, claramente transgrede principios de rango constitucional como son el de publicidad y contradicción, llamados a ilustrar tanto la producción normativa como la actuación de las autoridades administrativas.

Otro aspecto que vale la pena mencionar sobre la desmesurada defensa del orden público económico en detrimento de mínimos derechos y garantías a favor de los administrados es el que se refiere a la estipulación normativa de altas sanciones pecuniarias por la comisión de una infracción de tan escasa concreción o determinación fáctica como es el obstaculizar las potestades de control o fiscalización de la autoridad tributaria y aduanera⁴. Nótese que esta infracción no se halla delimitada por una conducta concreta que tipifique la infracción, sino que abre la puerta al arbitrio del funcionario administrativo para que frente a una situación que él considere obstructora de su potestad investigativa fiscalizadora inicie un proceso sancionatorio administrativo que, dicho sea de paso, puede a su vez afectar el perfil de riesgo del administrado bajo el tratamiento normativo sucintamente descrito en el párrafo anterior.

3 Decreto 390 de 2016, en *Diario Oficial* n.º 49.808, de 7 de marzo de 2016, arts. 492 a 495, disponible en: [<https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/gestion-juridica/decretos/decreto-390-de-2016.aspx>].

4 *Ibíd.*, art. 527, num. 10.

Estos son apenas algunos ejemplos que demuestran cómo el étéreo interés en proteger el orden público económico deforma la estipulación positiva de normas que castigan severamente situaciones potencialmente infractoras que no trascienden, incluso, el ámbito de la sospecha; en otras palabras, las situaciones consideradas como infractoras no llegan en muchos casos a concretarse en conductas tipificadas como evasoras o transgresoras de ese interés estatal como para imponer la sanción administrativa endilgada.

Esta realidad, por otro lado, permite indicar que ciertas prácticas recurrentes en Colombia, como son la tendencia a evadir tributos o el incurrir en operaciones de contrabando han llevado a establecer consecuencias sancionatorias a situaciones que, como se indicó, permanecen en el terreno de la duda y que no implican la real comisión de una infracción que genere las consecuencias sancionatorias endilgadas.

Así las cosas, la ciega defensa del orden público económico junto con la concepción generalizada de que, socialmente, la práctica de la evasión o el contrabando son recurrentes, generan la tendencia a estipular normas positivas que redundan en un excesivo uso del derecho sancionador para perseguir situaciones que no alcanzan siquiera a configurar verdaderas infracciones administrativas o cuya tipificación no se concreta en una conducta específica. Ello, además de afectar los principios mencionados de publicidad y contradicción, implican una clara desproporción entre la conducta o situación potencialmente infractora y la sanción, en desconocimiento del denominado principio de lesividad, según el cual, la sanción debe ser proporcionada al daño causado a los intereses del Estado con la comisión de la infracción.

III. ANTÍTESIS

La contraargumentación al anterior planteamiento puede consistir en que la sociología jurídica permite ejercer control social a través de la comunicación, lo cual se efectúa mediante normas jurídicas conocidas⁵.

5 VINCENZO FERRARI. "La sociología jurídica hoy" (conferencia magistral), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, disponible en: [<https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/conferencia-magistral-la-sociologia-juridica-hoy>].

Desde tal perspectiva, la sociología jurídica puede servir para compeler a los actores sociales a la no realización de conductas de evasión o contrabando que afectan el orden público económico, previa constatación, proveniente de la observación, de que tal comportamiento o conducta es recurrente y por tanto puede requerir de una normativa severa que la contrarreste.

Así, tales normas, aunque no tipifiquen conductas identificables claramente como infracciones, constituyen un claro aliciente para la adopción de prácticas transparentes por parte de los particulares ante la administración tributaria y aduanera que le permitan a esta ejercer un efectivo control sobre las actividades u operaciones que impactan el recaudo tributario y el comercio exterior, lo cual, a su vez, puede generar una conducta social generalizada de mayor cumplimiento legal en lo que respecta a las obligaciones que deben observar los administrados en este ámbito a favor del orden público económico.

Una concepción normativa de esta naturaleza tiene el objetivo fundamental de ser herramienta de control social y económico tendiente a encarrilar las prácticas de los usuarios aduaneros y contribuyentes de forma tal que se premie a aquellos que no incurrir en situaciones, errores o conductas cuestionables considerándolos como usuarios de confianza, con derecho a disfrutar de una mayor agilidad en sus trámites y operaciones ante la Administración; pero, por contra, se castigará a los operadores menos acuciosos bajo el rótulo de usuarios de riesgo medio o alto con las perjudiciales consecuencias que ello implica.

Así mismo, las disposiciones legales que sancionan la obstrucción del control fiscal sin especificar conductas concretas dirigidas a tal fin pueden coadyuvar a que el administrado fiscal se halle siempre presto a atender todo requerimiento, inspección o comunicación de la autoridad tributaria y aduanera, lo que va a permitirle a esta identificar la comisión de prácticas que pongan en riesgo el orden público económico.

Ahora, ese control ejercido mediante normas, aunque implique el sacrificio de algunos principios elevados a rango constitucional en detrimento de los administrados, como los mencionados de publicidad, contradicción y lesividad puede generar mayores réditos para el

orden económico, y por ende, para la comunidad en general, al desincentivar conductas perjudiciales de tan frecuente realización como son las que conducen a la evasión o al contrabando.

Desde este punto de vista, siguiendo con FERRARI, es clara la funcionalidad de la sociología jurídica en lo que se refiere a que los actores sociales pueden usar las normas para condicionar la acción⁶, lo que supone que aquellos se verán disuadidos de incurrir en acciones riesgosas o que puedan resultar sospechosas para las autoridades fiscales en virtud de las consecuencias e implicaciones anotadas frente al tema objeto de reflexión.

IV. SÍNTESIS – CONCLUSIÓN

Es indudable la necesidad de defender el orden público económico en razón a los incuestionables propósitos de desarrollo y bienestar que implica para la colectividad su sano funcionamiento.

Por su parte, es claro que conductas como la evasión y el contrabando atentan contra ese fundamental interés en la medida en que perjudican el recaudo tributario y el desarrollo del mercado y de la economía en condiciones de sostenibilidad.

Así mismo, el régimen sancionatorio consagra necesarias herramientas de coerción social para castigar conductas que afectan o dañan los intereses colectivos económicos y es claro que esta normativa puede servir también como poderoso instrumento comunicador para compeler a los actores sociales a abstenerse de realizar prácticas contrarias al mencionado interés estatal.

Sin embargo, no es de recibo que el derecho positivo llegue al extremo de atribuir consecuencias punitivas a conductas que quedan en el ámbito de la duda o sospecha o que clasifiquen a los operadores en determinados niveles de confianza que estos no pueden controvertir y cuyas pruebas no son conocidas, puesto que ello implica un abuso del ejercicio del poder punitivo del Estado que a la postre genera la sensación de injusticia y vulnera caros valores elevados a rango constitucional como derechos fundamentales de las personas, asociados al debido proceso.

6 FERRARI. “La sociología jurídica hoy”, cit.

Tampoco se ha establecido que este tipo de regulación represora hubiere contribuido efectivamente a disminuir los niveles de estas prácticas dañinas para el fisco. Al contrario, se percibe la sensación de desmotivación generalizada en usuarios aduaneros o contribuyentes que cumplen sus deberes tributarios y aduaneros a cabalidad pero que por inconsistencias formales desprevenidas o sencillamente sin tener noticia del hecho, resultan gravemente afectados por este tipo de normativa.

El resultado de consagrar normas tan cuestionables desde la perspectiva de los mismos derechos fundamentales para perseguir conductas posiblemente perjudiciales para el orden público económico, bajo el rasero o percepción de que los niveles de evasión y contrabando son muy altos en Colombia, conlleva a considerar que la sociología jurídica en esta materia está siendo subutilizada o tal vez no se ha acudido a los aportes con los que esta disciplina puede contribuir a diseñar normas, o mejor, políticas públicas, más efectivas y acordes con la realidad social, económica y cultural del país.

Vale anotar que en el marco de países desarrollados se han efectuado estudios de gran envergadura⁷ que, a nuestro juicio, adoptan elementos de esta disciplina en el ámbito económico que apuntan a diseñar mecanismos que realmente permitan disminuir los niveles de evasión fiscal. De este modo, países como Colombia, bien pueden adquirir como insumo los elementos fundamentales de la sociología que han contribuido en otras latitudes a identificar la problemática para adoptar medidas valederas tendientes a contrarrestar las mencionadas prácticas.

Lo anterior resulta de suma importancia puesto que, en los términos del profesor MISAEL TIRADO, la fortaleza que tiene la sociología jurídica es que permite un análisis dinámico, crítico, riguroso, científico, para la comprensión de los fenómenos sociales y/o jurídicos como acción social que por un lado tiene un asiento en la realidad concreta y por otro una proyección⁸.

7 CLEMENS FUEST y NADINE RIEDEL. *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the existing literature*, Oxford, Oxford University Centre for Business Taxation, 2009.

8 MISAEL TIRADO ACERO. "La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos", en *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XIII, n.º 25, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, disponible en: [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2458>], p. 297.

Esta dimensión de la sociología jurídica, que parte de la realidad y proyecta un resultado hacia el futuro, resulta muy útil frente a países que, como Colombia, cuentan con particularidades socio culturales que pueden motivar a la evasión, el contrabando y a otras prácticas de esta naturaleza y cuya identificación desde la disciplina sociológica está llamada a aportar elementos no solo de tipo represivo, sino ante todo educativo que conformen una verdadera política pública, según se ha experimentado en otras economías, como en el ejemplo mencionado.

BIBLIOGRAFÍA

Decreto 624 de 1989, en *Diario Oficial* n.º 38.758, de 30 de marzo de 1989, disponible en: [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3631_documento.pdf].

Decreto 390 de 2016, en *Diario Oficial* n.º 49.808, de 7 de marzo de 2016, disponible en: [<https://www.mincit.gov.co/ministerio/normograma-sig/procesos-de-apoyo/gestion-juridica/decretos/decreto-390-de-2016.aspx>].

Constitución Política de la República de Colombia, *Gaceta Constitucional* n.º 116, de 20 de julio de 1991, disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

FERRARI, VINCENZO. *Derecho y sociedad*, Bogotá, Externado de Colombia, 2006.

FERRARI, VINCENZO. *La sociología Jurídica hoy, conferencia magistral*, México, Universidad Autónoma de México, 2010.

FUEST, CLEMENS y NADINE RIEDEL. *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the existing literature*, Oxford, Oxford University Centre for Business Taxation, 2009.

TIRADO ACERO, MISAEL. "La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos", en *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XIII, n.º 25, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, disponible en: [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2458>].

