



CDE2021

ESTUDIO SOBRE EL **CONTRABANDO** DE CIGARRILLOS DESDE UNA PERSPECTIVA TRIBUTARIA

COMPLEJIDAD, INSTITUCIONES, EVIDENCIA Y PROPUESTAS DE REFORMA

EQUIPO INVESTIGADOR

JAVIER LEONARDO GARAY
INVESTIGADOR SENIOR DEL ICP

CÉSAR CAMILO CERMEÑO
INVESTIGADOR SENIOR DEL ICP

**INSTITUTO DE
CIENCIA POLÍTICA**

MARÍA CLARA ESCOBAR PELÁEZ
DIRECTORA EJECUTIVA

CARLOS AUGUSTO CHACÓN
DIRECTOR ACADÉMICO

ISBN 978-958-53210-2-1

**FEDERACIÓN NACIONAL
DE DEPARTAMENTOS**

DIDIER TAVERA AMADO
DIRECTOR EJECUTIVO

MICHELLE FIGUEROA
SUBDIRECTORA DE ACUERDOS Y CONVENIOS



ESTUDIO SOBRE EL CONTRABANDO DE CIGARRILLOS DESDE UNA PERSPECTIVA TRIBUTARIA

Complejidad, instituciones, evidencia y propuestas de reforma

EQUIPO INVESTIGADOR:

Javier Leonardo Garay

César Camilo Cermeño

Enero de 2021

INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA

María Clara Escobar Peláez, Directora Ejecutiva

Carlos Augusto Chacón, Director Académico

FEDERACIÓN NACIONAL DE DEPARTAMENTOS

Didier Tavera Amado, Director Ejecutivo

Michelle Figueroa, Subdirectora de Acuerdos y Convenios

EQUIPO INVESTIGADOR:

Javier Leonardo Garay

César Camilo Cermeño

Índice

I. RESUMEN EJECUTIVO	4
II. PRESENTACIÓN.....	5
III. PRIMERA PARTE. IMPUESTOS A LOS CIGARRILLOS Y CONTRABANDO: COMPLEJIDAD, INSTITUCIONES Y EVIDENCIA. APUNTES PARA EL DEBATE.....	8
III.1 INTRODUCCIÓN	8
III.2 METODOLOGÍA Y DATOS	10
III.3 EL MARCO INSTITUCIONAL.....	12
III.4 EVIDENCIA INTERNACIONAL: VARIAS DIMENSIONES	16
III.5 LA EVIDENCIA EN COLOMBIA.....	22
III.6 HIPÓTESIS Y EVIDENCIA: EL CASO DEL CONTRABANDO	30
III.7 CONCLUSIONES	73
III.8 RECOMENDACIONES	75
III.9 REFERENCIAS	77
IV. SEGUNDA PARTE. EFECTOS, IMPACTOS, VACÍOS Y ASPECTOS DE MEJORA FRENTE A LA LEY 1762 DE 2015. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y SANCIONATORIOS EN LA LUCHA ANTICONTRABANDO	79
IV.1 ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN	79
IV.2 PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO	80
IV.3 DECÁLOGO DE LA REVISIÓN A UNA POLÍTICA	81
IV.4 EL PROBLEMA DE LOS ASPECTOS NO REGULADOS.....	83
IV.5 DIAGNÓSTICO DE LAS SANCIONES CONTENIDAS EN LA LEY 1762 DE 2015	84
IV.6 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	144
IV.7 INFORMACIÓN ESTUDIADA Y ACTIVIDADES REALIZADAS	146
V. CONCLUSIÓN GENERAL	147

I. RESUMEN EJECUTIVO

La Federación Nacional de Departamentos (FND) contrató al Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP) para el desarrollo de una investigación académica multidisciplinaria con el fin de comprender el impacto de la normativa tributaria y aduanera, así como la incidencia del alza de los impuestos en el comportamiento del contrabando de cigarrillos, con miras a desarrollar una serie de recomendaciones de política pública y de reforma de la ley 1762 de 2015. Para cumplir con el objetivo, el documento fue dividido en dos partes: (I) Impuestos a los cigarrillos y contrabando: Complejidad, instituciones y evidencia. Apuntes para el debate; Y, (II) Efectos, impactos, vacíos y aspectos de mejora frente a la Ley 1762 de 2015 y los procedimientos administrativos y sancionatorios en la lucha anticontrabando. Como resultado de los estudios se obtuvo que hay una correlación positiva entre el alza de los impuestos y el aumento del contrabando de cigarrillos, razón que lleva a cuestionar la efectividad del control mediante impuestos y de la lectura aislada del problema; y, se detectó que la ley 1762 de 2015 tiene fisuras debido a fallas en la redacción de las sanciones y el procedimiento, justificando la necesidad de su reforma. Considerando estos resultados, al final de cada sección, se puntualizaron las recomendaciones para subsanar dichos problemas.

II. PRESENTACIÓN

En el segundo semestre del año 2020 la Federación Nacional de Departamentos (FND) contrató al Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP) para el desarrollo de una investigación académica multidisciplinaria, con el fin de elaborar un estudio que permita comprender el impacto de la normativa tributaria y aduanera, así como la incidencia del alza de los impuestos en el comportamiento del contrabando de cigarrillos, con miras a desarrollar una serie de recomendaciones en materia de políticas públicas que sirvan como lineamientos para el desarrollo legislativo de un anteproyecto de ley que permita reformar la Ley 1762 de 2015.

Para este fin se conformó un equipo de investigación integrado por los académicos Javier Leonardo Garay¹ y César Camilo Cermeño², quienes elaboraron una serie de hallazgos y recomendaciones, a partir de una revisión de literatura especializada, datos, evidencia empírica y entrevistas a representantes del sector público y privado, especialmente de las secretarías de hacienda de algunas gobernaciones y de la industria tabacalera. En el marco de mesas técnicas que se llevaron a cabo mediante la modalidad virtual, los avances del estudio fueron sometidos a consideración y comentarios de diversos expertos, funcionarios gubernamentales y autoridades del orden nacional y departamental, y representantes de la academia y el sector privado. De esta manera, el trabajo de los investigadores se complementó con los aportes recibidos en las mesas de expertos y por los comentarios que realizó la Federación Nacional de Departamentos.

Para cumplir con el propósito general del proyecto, el documento se dividió en dos partes: (I) Impuestos a los cigarrillos y contrabando: Complejidad, instituciones y evidencia. Apuntes para el debate; Y, (II) Efectos, impactos, vacíos y aspectos de mejora frente a la Ley 1762 de 2015 y los procedimientos administrativos y sancionatorios en la lucha anticontrabando. Esta división permitió abordar la problemática desde las diferentes perspectivas, entender ampliamente el fenómeno y generar recomendaciones multidisciplinarias que podrán ser útiles en los posteriores desarrollos legislativos sobre la materia.

Siendo así, la primera sección de este estudio, parte del reconocimiento de la existencia de un problema en el diseño institucional y normativo de la política y la estrategia para combatir de manera efectiva el contrabando de cigarrillos, considerando que este es un fenómeno multicausal, dinámico y complejo, y su comportamiento no es ajeno a las externalidades que causan determinadas decisiones gubernamentales, ni a las preferencias y el comportamiento de los consumidores. Frente a esto, es importante tener en cuenta que las instituciones no son neutrales, en virtud de que quienes las integran tienen enfoques de preferencia tanto en la toma de decisiones como en el diseño e implementación de políticas públicas. Esto se puede observar en la tendencia a utilizar instrumentos de política fiscal para prevenir y reducir el consumo de cigarrillos como parte de la política de salud pública, al tiempo que se busca aumentar el recaudo de los entes territoriales. Esta tendencia se ve reforzada por lo que se ha llegado a denominar como un consenso entre diversos sectores, tanto a nivel nacional como internacional, sobre este tipo de medidas.

Sin embargo, es fundamental tomar en consideración que la utilización de impuestos y gravámenes, como resultado de una preferencia en la política pública en materia de cigarrillos, tiene efectos no deseados, genera

¹ Doctor en Ciencia Política, Universidad de París, magíster en Asuntos Internacionales, especialista en Econometría. Docente – investigador, Universidad Externado de Colombia. En 2020, es *visiting scholar* de la Anderson School of Management de la Universidad de California en Los Ángeles. Investigador, docente y consultor de economía política internacional y métodos mixtos. Recientemente, comenzó a explorar la ciencia de datos.

² Abogado de la Universidad de los Andes con maestría en Derecho Económico y máster en Derecho de los Negocios del Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Francisco de Vitoria, en España. Es experto en derecho tributario, aduanero y cambiario. Profesor en diferentes especializaciones y maestrías de las Universidades de Los Andes, Javeriana, Externado y Central, entre otras, en procedimiento tributario y régimen contencioso administrativo. Autor y coautor de varios libros en materia de procedimiento tributario y aduanero.

externalidades y consecuencias no anticipadas por los tomadores de decisión, especialmente respecto al contrabando.

Quienes hacen activismo prohibicionista y buscan incidir para que se utilicen los impuestos como forma de prevenir y reducir el consumo de cigarrillos tienden a apelar argumentos que se sustentan en la existencia de consensos, protocolos o normas de carácter internacional y en muchos casos a pronunciamientos de organismos multilaterales que son de carácter general y declarativo, no basados en evidencia ni estudios de caso. Es importante tener en cuenta que esos consensos no toman en cuenta las dinámicas y complejidades del contexto interno, ni miden la efectividad de las medidas diseñadas, las cuales se ponen en entredicho cuando se incluye en el análisis al contrabando, como una consecuencia no deseada y no anticipada. La observación imparcial y objetiva del contrabando de cigarrillos, permite identificar variables fuertemente relacionadas con los mecanismos de política fiscal que se utilizan.

Aunque la ausencia de información estadística robusta no permite establecer causalidades entre los impuestos a los cigarrillos y el contrabando de los mismos, el estudio demuestra que existen variables que cambian y están relacionadas. Esto pone de manifiesto que la problemática analizada es el resultado de la acción estatal, toda vez que las decisiones de política pública y las normas aprobadas generan efectos en el comportamiento de los individuos, particularmente de los consumidores, generando un mercado que responde a ese comportamiento, lo que permite la obtención de ganancias extraordinarias para quienes controlan el mercado ilegal del contrabando de cigarrillos. Además, el entorno institucional está condicionado a las limitantes de los mecanismos existentes, a la falta de capacidades profesionales, técnicas y operacionales, así como de efectividad tanto en la aplicación de la norma para el control del comercio de cigarrillos en los mercados ilegales como de las sanciones ante su incumplimiento.

Tanto en el debate académico como de representantes del sector público se percibe una resistencia por parte de los tomadores de decisión a moverse del espectro de sus preferencias, en cuanto a las opciones de política pública y de marcos normativos para prevenir el consumo de cigarrillos y de política fiscal para el recaudo. Preferencias que en muchos casos están marcadas por el sesgo y como respuesta al activismo prohibicionista, antes que determinadas por la evidencia y los datos, la observación y la evaluación sobre los efectos e impactos que resultan de la implementación de las decisiones adoptadas.

Este primer estudio ofrece elementos determinantes para impulsar reformas que privilegien el combate al contrabando de cigarrillos antes que la política fiscal para el recaudo, considerando que el mercado legal, cuando no enfrenta la competencia desleal del mercado negro de cigarrillos, genera ingresos lícitos para la industria, lo que repercute positivamente en el recaudo de los entes territoriales.

No obstante, ante las dificultades que implica cambiar las preferencias de los tomadores de decisión al evaluar las medidas vigentes y optar por alternativas distintas a los impuestos frente al consumo de cigarrillos, se propone llevar a cabo ajustes normativos e institucionales, que permitan una modernización y fortalecimiento de las capacidades estatales para perseguir y sancionar de forma efectiva el contrabando de cigarrillos. Para este fin, se ponen de manifiesto las falencias del procedimiento tributario, administrativo y sancionatorio, llamando la atención sobre la necesidad de generar conciencia al respecto de la gravedad del delito de contrabando y su conexión con el narcotráfico y otras actividades criminales. Se plantea también la necesidad de diseñar marcos que permitan la comprensión de la magnitud del fenómeno y del ordenamiento jurídico para darle claridad a los responsables de su aplicación, así como la necesidad de poner en marcha mecanismos de articulación interinstitucional y de colaboración interagencial entre las autoridades de todos los niveles.

A partir de la evidencia presentada a lo largo de la investigación, se llega a la conclusión de que el incremento de los impuestos a los cigarrillos tiene como consecuencia indeseable el incremento de los flujos de contrabando de cigarrillos.

Por su parte, la segunda sección, identifica problemas en cuanto a la aplicación de la ley, los cuales estarían estrechamente relacionados con la forma como se ha venido concibiendo este delito y los conexos a este, como el lavado de activos y la corrupción. Esto ha llevado a que los grupos criminales y delincuenciales vinculados al narcotráfico, instrumentalicen el contrabando como parte de esta economía ilegal.

Frente a esto último se propone darle una mayor prioridad a la lucha contra el contrabando a través de medidas que involucran la promoción del mercado legal, creación de garantías para que la ciudadanía denuncie el delito, revisión del principio de oportunidad, refuerzo del control territorial en las zonas de frontera y a las zonas del régimen especial aduanero, desarrollo de sistemas de seguimiento a la localización de mercancías y, con la creación del Sistema Integrado de Apoyo al Control de Impuestos al Consumo -SIANCO- del Decreto 2106 de 2019, ajuste y actualización de las tablas de valoración de mercancías decomisadas por contrabando. Finalmente, se insta a un proceso de modernización y fortalecimiento institucional que permita mayor colaboración, cooperación, coordinación y articulación interagencial.

En cuanto al régimen sancionatorio y a los aspectos procedimentales de la normativa vigente, en particular de la Ley 1762 de 2015, se evidencia una serie de distorsiones a causa de las remisiones a otras normas, provocando problemas de interpretación y aplicación, toda vez que la dinámica de los impuestos territoriales y en particular los relativos al Impuesto al Consumo son completamente distintas y requieren de una normatividad especial a fin de corregir esta situación.

Con base a lo anterior, se proponen una serie de recomendaciones de política pública y desarrollo legislativo (lineamientos de un anteproyecto de ley para modificar la Ley 1762 de 2015) encaminadas a mejorar las capacidades normativas e institucionales tanto del sector público como privado, en aras de combatir eficazmente el contrabando de cigarrillos, desde una perspectiva orientada a minimizar los factores que generan las externalidades que propician este fenómeno criminal.

III. PRIMERA PARTE. IMPUESTOS A LOS CIGARRILLOS Y CONTRABANDO: COMPLEJIDAD, INSTITUCIONES Y EVIDENCIA. APUNTES PARA EL DEBATE

Por: Javier Garay

III.1 Introducción

Frecuentemente, los efectos de las intervenciones de política pública no son los esperados por los tomadores de decisiones. Este documento busca aportar evidencia sobre la manera como se presenta este fenómeno en el caso de las medidas tributarias para controlar el consumo de cigarrillos.

Además de la función tradicional de ser una fuente de financiación de las actividades estatales, la fijación de impuestos puede ser usada para otros propósitos. Por ejemplo, desde la perspectiva de la economía del bienestar desarrollada por Arthur Pigou, entre otros, los impuestos han sido considerados como formas de corrección de lo que los economistas llaman externalidades; es decir, los efectos generalmente negativos que las acciones/decisiones individuales tienen sobre los demás. Así, como una forma de compensación de los costos que se les imponen a los demás por las acciones/decisiones individuales, se planteó teóricamente la posibilidad de cuantificar el monto de esos costos y obligar al que los genera a pagar dicho costo.

Desde un principio, esta idea fue matizada y/o cuestionada. Algunos autores señalaron los posibles efectos indeseados de pretender resolver toda externalidad a partir de medidas de tipo pigouviano (Coase, Ragni & Romani, 1992). Otros profundizaron en este cuestionamiento y mostraron la existencia de externalidad en casi todas las actividades humanas, incluidas las mismas intervenciones públicas (Buchanan, 1973).

No obstante, las prevenciones fueron consideradas como algo menor y susceptibles de ser mejoradas a través de ejercicios de fijación de los niveles “óptimos” de tributación y/o de la calidad en la formulación de las formas de intervención. En este contexto, los estados de la segunda posguerra fueron adquiriendo nuevas funciones, como resultado de consensos en la academia y de crecientes expectativas de parte del público. De un lado, se consideró como incuestionable la necesidad de la prestación directa por parte del Estado de diversos servicios, ahora considerados “públicos”, entre ellos el de la salud. Del otro, se consideró que el Estado tenía que incluir en su repertorio de preocupaciones, las cuestiones que hicieran daño a la salud de los individuos.

Bajo esta lógica pigouviana, se desarrolla el concepto de impuestos saludables. Es decir, impuestos al consumo de ciertos productos que son considerados nocivos para la salud y el entorno de los individuos. Si bien estas intervenciones comienzan a formularse desde los años 70 en diversas partes del mundo, su adopción generalizada por parte de los estados, se hace de manera más reciente. Como resultado de la demostración de los efectos nocivos que tiene el consumo de cigarrillo tanto para la salud individual del fumador como para los fumadores pasivos, e incluso para el medio ambiente, este producto ha sido uno de los que más se ha intentado controlar.

En el informe de 2019 de lo que la Organización Mundial de la Salud (OMS) denomina la epidemia global del tabaco, se pueden rastrear las diversas medidas que se han desarrollado en años recientes, en todo el mundo, para enfrentar este consumo: prohibiciones al consumo de cigarrillos en espacios públicos, tratamiento estatal de dependencia al tabaco, advertencias de salud en los paquetes de cigarrillos, campañas antitabaco de medios, prohibición de publicidad para cigarrillos, e impuestos al consumo. Sobre esta última medida, 195 países tienen impuestos de algún tipo al consumo de cigarrillos y/o de todos los productos de tabaco. Incluso, un país, Bután, ha prohibido del todo fumar en su territorio.

Así, se hace evidente que este tipo de medidas se han posicionado como “lo que toca hacer”. Las premisas y las expectativas son claras: si existe consumo de productos que se consideran nocivos, el Estado debe actuar sin duda; y dicha actuación, necesariamente, llevará a la reducción o eliminación del problema identificado. Adicionalmente, por esa vía el Gobierno puede incrementar el recaudo para financiar sus actividades.

Colombia, es evidente, no ha sido ajena a la aceptación de este consenso. Por ello, desde los años 90, el gobierno nacional tomó medidas en diversos sentidos para controlar el consumo de cigarrillo, incluyendo el tributario. No obstante, como se profundizará más adelante, tan solo en una época muy reciente, en 2017, este instrumento adquirió un carácter central a través de un incremento abrupto en esos impuestos y el establecimiento de un calendario creciente de los impuestos año a año.

Un problema de los consensos legitimados a través de procesos de gobernanza global (esto es, de espacios multilaterales impulsados por organizaciones internacionales), es que limitan las posibilidades de retroalimentación. Si todos estamos de acuerdo en una medida y esta no funciona, o no funciona de la manera que se espera, la mayoría de las veces no se cuestiona su efectividad para enfrentar el asunto que se pretende resolver, sino que aparecen una serie de justificaciones adicionales. Dos de ellas, que surgen recurrentemente, es que faltaron más recursos y que debe incrementarse el grado de intervención (debe volverse más restrictiva o “dársele más dientes”).

Sin embargo, aunque todos estemos de acuerdo en “lo que toca hacer”, podríamos estar equivocados. La popularidad de una medida no es garantía de su efectividad. Esto sucede como resultado de dos hechos complementarios: de un lado, los individuos no son autómatas, por lo tanto no se puede asumir que van a aceptar de manera pasiva todas las decisiones que se les imponen, ni que van a reaccionar exacta y únicamente como lo espera el tomador de decisiones; por otro lado, la mayoría de las veces no sabemos las repercusiones que una decisión vaya a desencadenar en la sociedad. En suma, estos dos fenómenos llevan a que la sociedad sea caracterizada por altos niveles de incertidumbre. De allí, las dificultades para predecir los resultados de una medida determinada, así como la gestión de la misma para obtener resultados preestablecidos.

A partir de estos hechos se desprenden varias implicaciones. Primero, las instituciones (esto es, las reglas del juego) no solo restringen alternativas, al definir lo que se puede o no hacer y los costos/beneficios asociados, sino que son incentivos de comportamiento. A su vez, tal como señalan autores como Douglass North o Avner Greif, estas son expresión del conocimiento colectivo acumulado: vinculan el pasado con el presente. En este sentido, esas reglas del juego no surgen exclusivamente de la voluntad de un cuerpo legislativo o de los tomadores de decisiones, sino que también se expresan en lo que los autores denominan instituciones informales (es decir, aquellos comportamientos aceptados y esperados que nos permiten vivir en sociedad). Así, los cambios en las reglas del juego, en particular las de carácter abrupto, no entran en una tabula rasa, sino en una sociedad específica.

Segundo, y unido a la última idea, los efectos de una decisión están íntimamente vinculados al contexto. En algunos casos, las comparaciones entre diversas sociedades son pertinentes, posibles y deseables. Pero no siempre es el caso. Las medidas que funcionan en algunos, pueden no funcionar en otros. Es tarea de los tomadores de decisiones establecer los criterios y las condiciones, los supuestos si se quiere, que permiten esperar que una medida funcione de la manera prevista y los efectos que puede generar.

Tercero, como se afirmó antes, la efectividad de una medida no depende de su popularidad. Tampoco depende de sus buenas intenciones. En el análisis de políticas públicas y, ante todo, en su formulación deben dejarse de lado las consideraciones normativas (esto es, las basadas en el deber ser) y aceptar el “es” (es decir, el contexto). Esto es relevante debido a que una intervención en la sociedad genera, la mayoría de las veces, consecuencias no anticipadas.

La investigación recogida en este documento se fundamenta en lo anterior para observar el efecto de los impuestos al consumo de cigarrillos sobre el contrabando. Se busca aportar evidencia para proponer que el incremento de los impuestos a los cigarrillos tiene como consecuencia indeseable (no necesariamente no anticipada) el incremento de los flujos de contrabando de cigarrillos.

Para sustentar esta afirmación el documento está estructurado de la siguiente manera: inicialmente, se presentan los datos utilizados y la metodología de investigación. Posteriormente, se discuten las decisiones tomadas y se ilustran las limitaciones y aportes del documento, así como la interpretación de los hallazgos. En una tercera parte, se hacen algunas reflexiones sobre el marco institucional en el que se encuentran los impuestos a los cigarrillos y la lucha contra el contrabando en el país. El objetivo de este apartado es recoger lo mencionado por expertos en diversos espacios de discusión durante el proceso de investigación sobre la necesidad de entender los impuestos a los cigarrillos como un instrumento que se encuentra en la interacción de, al menos, tres lógicas de acción estatal: la política de salud, la política tributaria y la política criminal. En el siguiente apartado, se describe parte de la evidencia internacional que hay sobre el tema. Esto da lugar a la discusión sobre la forma como se ha presentado el debate en el caso colombiano. Después de la discusión de literatura internacional y nacional, se presenta la evidencia disponible en las fuentes existentes en relación con cuatro hipótesis que permiten entender la magnitud, tendencias y complejidad de la relación planteada entre impuestos a los cigarrillos e incremento del contrabando. Los últimos dos apartados son de conclusiones y recomendaciones que se desprenden de la investigación desarrollada.

III.2 Metodología y datos

El objetivo inicial de esta investigación se planteó cómo establecer la relación de causalidad entre los impuestos a los cigarrillos desde 2017 y el fenómeno del contrabando. Suele advertirse que la correlación entre dos variables no demuestra relación de causalidad. Es decir, el que una variable se mueva en una dirección y la otra lo haga en el mismo sentido (o en dirección contraria), de manera simultánea, no quiere decir necesariamente que una cause el movimiento en la otra. En el peor de los casos, esa relación aparente no es sino eso, apariencia. Así como en otros casos en los que se muestra la dificultad de atribuir causalidad con las medidas recientemente adoptadas (Gallego et al., 2020), en esta investigación se consideraron varios desafíos que llevaron a adoptar una metodología alternativa. Como se mencionó antes, la existencia de correlación entre variables puede reflejar simple azar. Sin embargo, también puede reflejar el movimiento de una variable como resultado de muchas otras causas. Esto puede deberse a la existencia de sesgo de selección. Es decir, para atribuir causalidad de una intervención de política pública sobre unos resultados específicos, es necesario distinguir en el resultado qué tanto del movimiento en la variable que buscamos explicar se debe realmente a la intervención y no a otras causas.

Para lo anterior, se hacen indispensables, por lo menos, tres elementos: datos, tiempo y casos con los que sea posible comparar.

En el tema que nos compete no contamos con ninguno de ellos. En relación con los datos, para esta investigación no se contó con la información a nivel individual recolectada de manera consistente en un periodo de tiempo considerable. En relación con el tiempo, la medida adoptada es muy reciente y, por lo tanto, no podemos asumir que las tendencias de hoy, de mediano plazo, se van a mantener en el largo plazo; esto es algo que, como se verá, distingue esta investigación de otras que se han adelantado. Por último, debido a la escasez de datos, no es posible construir lo que se denomina un contrafactual que, en el agregado, permita hacer comparaciones en los resultados.

A lo anterior se le debe sumar la complejidad, propia de los fenómenos acá abordados. En particular, el contrabando de cigarrillos es un fenómeno que tiene dinámicas propias y multicausadas, tal como han demostrado las investigaciones previas del Instituto de Ciencia Política sobre el tema en su dimensión internacional (Rico, Wiesner & Giraldo, 2019; Rico & Wiesner, 2018).

Por lo anterior, esta investigación no se circunscribió a los métodos tradicionales de investigación, en los que se estima uno (o varios) modelos de regresión y se cuantifica el impacto de una intervención de política pública sobre una variable específica, sino que se abordó de manera más comprehensiva, combinando técnicas estadísticas menos ambiciosas, pero no por ello menos relevantes, y métodos de orden cualitativo.

Dentro de los métodos cualitativos, tres merecen ser resaltados. El primero es el análisis del entorno institucional. Este es un diferenciador de esta investigación en tanto este elemento tiende a ser ignorado o a asumirse como sinónimo del análisis de actores. En este documento se considera que las decisiones regulatorias (por ejemplo, las leyes) y tributarias (esto es, los impuestos) generan incentivos de comportamiento y no se encuentran en el vacío, sino que forman parte de un entramado institucional mucho más complejo.

El segundo es la revisión de literatura. Esta se hizo de manera sistemática, con tres objetivos. Primero, identificar la evidencia que existe sobre los efectos de los llamados impuestos saludables (“*sin taxes*” en inglés). Aunque se privilegiaron los estudios sobre impuestos a los cigarrillos, en casos específicos se incluyeron hallazgos de otro tipo de bienes (como las bebidas azucaradas). Segundo, identificar las observaciones teóricas que, desde el análisis económico del derecho, existiesen sobre este tema. Esta aproximación es relevante porque permite reconocer que toda medida de política pública, aunque genere beneficios, también puede incluir costos. Tercero, encontrar los métodos más recurrentes y sus requerimientos principales (en datos, por ejemplo), para determinar las posibilidades y limitaciones de los datos con los que se cuenta en esta investigación.

Para lo anterior, se consultaron las páginas web de *The Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab (J-Pal)*, de la *American Economic Association* (que cuenta con diversas publicaciones académicas) y la del *Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago. En cada portal se buscaron artículos con palabras clave como “taxes”, “smoking”, “cigarette”, “tobacco” y “smuggling”. Si bien se hubiese podido adelantar un metaanálisis

de esta literatura, los hallazgos principales se incluyeron como evidencia. No obstante, es necesario en el futuro hacer un estudio de este tipo solo de la literatura y extenderlo a más fuentes académicas de diversas áreas. Vale la pena señalar que, en estos portales, al buscar por palabras clave, se incluyen resultados de todas las publicaciones amparadas por las editoriales. Por ello, muchos de los resultados se encuentran en otro tipo de publicaciones que no se habían incluido en la lista inicial de publicaciones periódicas a consultar.

En la revisión de la literatura en Colombia, se encontró que los medios de comunicación y algunos tomadores de decisiones se han referido a la existencia de datos que muestran el “impacto” de las medidas adoptadas en materia de impuestos a los cigarrillos en la reducción del consumo. Al observar los estudios que se mencionan y que respaldan estas afirmaciones, se encuentra que estos han sido publicados por la Fundación Anáas. Por esta razón, para el caso colombiano, se decidió profundizar en la lectura crítica de esta evidencia. Para ello, se buscó más literatura sobre los métodos y estimaciones semejantes que se han hecho en otros contextos y se contrastaron con el objetivo de resaltar tanto los avances, como las contradicciones y vacíos en los estudios más conocidos y publicitados en Colombia.

Además de lo anterior, el tercer instrumento fue la comunicación directa con diferentes expertos en la materia. En mesas de discusión y entrevistas directas se tuvo acceso a las percepciones, opiniones y apreciaciones de formuladores de política, autoridades departamentales y miembros de la industria legal de cigarrillos. La experiencia de estas personas es vital no solo para resaltar algunos elementos de la investigación, sino para identificar líneas de pensamiento, puntos de acuerdo/desacuerdo y, en general, la concepción sobre la relación de causalidad entre los fenómenos acá estudiados.

En el aspecto cuantitativo, el principal aporte de esta investigación es doble. De un lado, se resalta la complejidad del fenómeno. Se espera que la creación de un impuesto tenga unas consecuencias determinadas (sea la reducción del consumo, sea el incremento del recaudo, expectativas a todas luces incompatibles). No obstante, la intervención desencadena una serie de ajustes y cambios en la sociedad, que pueden estar relacionadas con el incremento en años recientes del contrabando de cigarrillos. Del otro, se identifican algunas variables que servirán de insumo para en un estudio posterior, necesario, como base en el proceso de comprobación y de cuantificación de la relación de causalidad. Incluso, estas variables pueden indicar el tipo de expresión funcional entre las variables y su relación.

Así, este trabajo se hizo a partir de la formulación de cuatro grandes hipótesis, divididas en otras más específicas, que dan cuenta de la multiplicidad de fenómenos de los que se encuentra evidencia frente a la imposición de impuesto, de un lado, y al incremento del contrabando, del otro. Las hipótesis surgieron no solo de la revisión de literatura y de las discusiones con expertos, sino de la utilización no sistemática del método de rastreo de proceso, en el cual, se busca identificar la secuencia y etapas a través de las cuales una medida en particular puede llevar a un resultado esperado. Este método permite incluir componentes de incertidumbre y de complejidad de los fenómenos.

Este trabajo está basado, principalmente, en los estudios que ha desarrollado la encuestadora INVAMER sobre incidencia de cigarrillos ilegales en Colombia, y que estudia los patrones de consumo de cigarrillos en el país. Los resultados de esta encuesta están disponibles desde el año 2011. Desde ese año hasta el 2015, el estudio tenía una frecuencia bienal; a partir del 2016, se realiza de manera anual. Además de ser la única fuente disponible, este estudio tiene varias ventajas. Primero, la muestra es ampliamente representativa de la sociedad colombiana, para cada criterio que elegido: género, edad, nivel de ingresos, lugar de residencia (incluye zonas rurales y urbanas), ocupación y departamento. Segundo, el margen de error de es +/- 2% y un nivel de confianza del 95%. Esto implica que, teóricamente, el 95 de las veces que se extraiga una muestra, el resultado se encontrará dentro del intervalo de +/- 2%. Tercero, es una encuesta que se hace directamente a consumidores y la muestra se extrae de manera probabilística. Es decir, cada fumador tiene la misma probabilidad de ser encuestado. Esto satisface el requerimiento de aleatoriedad para hacer inferencia. Cuarto, Invamer ha creado una metodología propia, rigurosa, para identificar los cigarrillos de origen legal e ilegal y asegurarse de la confiabilidad en las respuestas de las personas entrevistadas (M. Orozco, comunicación personal, agosto 6 de 2020).

Es importante precisar una salvedad. Las comparaciones interanuales se pueden hacer en el agregado nacional, pero no entre las unidades territoriales. Por ello, para algunos hallazgos se especifica que son solo de lo encontrado en el año 2019, mientras que otros se desprenden de la serie de tiempo. Con esta fuente, se pueden rastrear cambios y observar tendencias.

Además de las estadísticas descriptivas (que, como se mencionó, en este caso, se deben entender con inferencias de la población de fumadores colombianos en un año específico), este trabajo identifica correlaciones entre variables. Si bien esto no demuestra causalidad de manera clara, sí identifica qué variables observar y el sentido de la relación. Además, con unos supuestos teóricos de base robustos (como se construyeron en la investigación), se pueden hacer aseveraciones que apuntan a establecer causalidad, aun si esta no se puede cuantificar. El análisis de correlaciones, sin embargo, tiene algunas limitaciones. Una de ellas es que el tipo de relación que identifica es de tipo lineal, pero pueden existir otro tipo de relaciones no lineales.

Adicionalmente a la encuesta de Invamer, se contó con otros datos para aspectos específicos de la investigación. Por ejemplo, la encuesta de salud de 2019 del ministerio del ramo, la última ola (*wave*) de la Encuesta Mundial de Valores (WVS, según sus siglas en inglés), datos de incautaciones y detenciones de contrabando desde 2015 y los anexos del informe de 2019 sobre la epidemia global de tabaco de la OMS.

Esta aproximación en la que se abordan los fenómenos por diversos métodos permite aportar evidencia que sirve de base a la discusión, pero también identifica elementos que tal vez han sido ignorados o dejados de lado cuando esta se basa exclusivamente en los datos disponibles y en la estimación de modelos de regresión.

III.3 El marco institucional

En el abordaje de la relación causal entre impuestos a los cigarrillos e incremento del contrabando, se encuentran dos tipos de desarrollos institucionales de relevancia: la evolución tributaria y la Ley 1762 de 2015. Desde antes del más reciente cambio en la normativa tributaria, existían temores por los posibles efectos que el aumento de los impuestos tendrían sobre las dinámicas del contrabando. Un ejemplo de esto aparece en la revista *Dinero* de octubre del 2014, donde se menciona que ante las posibilidades de incrementos a los impuestos habían tenido lugar marchas de campesinos, quienes podrían ver afectada la producción de tabaco. En el mismo artículo, se reseña que los incrementos de impuestos de 2010 ya habían afectado tanto la industria legal como, con el paso del tiempo, el recaudo. No obstante, se menciona que algunas organizaciones de la sociedad civil exigían el incremento de los impuestos, como resultado de los costos en salud, asociados al tabaquismo.

A pesar de las prevenciones, el incremento abrupto se decidió en 2016, por medio de la reforma tributaria, con el artículo 347, de la Ley 1819. Esta entró en vigor el 1 de enero 2017, aunque fue aprobada, como suele ya ser costumbre con las reformas tributarias, durante las festividades de final de año, el 29 de diciembre del año anterior. Ese artículo de la ley reformó el 211 de la Ley 223 de 1995. La reforma consistió en incrementos anuales, y de diferentes tipos, a los impuestos al consumo de cigarrillo. Para 2017, se presentaría un incremento específico de \$1.400, al que se sumaría uno de \$2.100 en 2018, para las cajetillas de 20 cigarrillos y de manera proporcional para las demás presentaciones.

Según el boletín electrónico No. 90 del 23 de enero de 2017 del Ministerio de Salud, en ese año, se esperaba un incremento en el recaudo de 300 mil millones de pesos, seguidos por uno de 500 mil millones para 2018. De igual forma, se anticipaba una reducción en el consumo del 12,9% de la población a un 11,2%.

El “espíritu” de este tipo de impuestos fue expresado por el entonces ministro, Alejandro Gaviria, en los siguientes términos: “Los impuestos son de los únicos instrumentos que tenemos disponibles en el mundo para cambiar comportamientos en un aspecto tan importante” (“El impuesto a las bebidas azucaradas no es un capricho”, 2016). De igual manera, señaló que este tipo de impuestos son de carácter redistributivo al gravar más a las personas de peores hábitos para financiar el sistema de todos.

Otro componente de los impuestos es que las tarifas se incrementarán anualmente, desde 2019, en un porcentaje equivalente al del crecimiento del índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE más 4 puntos. Además de las disposiciones nacionales, están las locales. Por ejemplo, para el caso de Bogotá, aparece en el portal de la Secretaría de Hacienda:

Impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado

El hecho generador esta (sic.) constituido por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia extranjera, en la jurisdicción del Distrito Capital. Se encuentra excluido del impuesto al consumo de tabaco el chicote de tabaco de producción artesanal.

Son responsables del impuesto los importadores y, solidariamente con ellos, los distribuidores. Además, son responsables directos los transportadores y expendedores al detal, cuando no pueden justificar debidamente la procedencia de los productos que transportan o expenden.

Tarifa

La tarifa del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco es del **55%** y de un **10%** para el deporte.

Declaración

Los importadores declaran y pagan el impuesto al consumo en el momento de la importación, conjuntamente con los impuestos y derechos nacionales que se causen en la misma. El pago del impuesto al consumo se efectuará a ordenes (sic.) del Fondo Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros y tienen la obligación de declarar en la Secretaria de Hacienda Distrital en el momento de la introducción, los productos introducidos al Distrito Capital, indicando la base gravable según el tipo de producto.

La base gravable de este impuesto esta (sic.) constituida por el precio de venta al detallista, el cual se determina en la siguiente forma: el valor en aduana de la mercancía, incluyendo los gravámenes arancelarios, adicionado con un margen de comercialización equivalente al 30%.

En ningún caso el impuesto pagado por los productores extranjeros será inferior al promedio del impuesto que se cause por el consumo de cigarrillos y tabaco elaborado, de procedencia extranjera, en el ámbito de su jurisdicción, de conformidad con el artículo (sic.) 1 de la Ley 19 de 1970. (...)

(<https://www.shd.gov.co/shd/impuesto-al-consumo>)

Existen diversas iniciativas institucionales que gravan el consumo de cigarrillo desde mediados de los años 90, pero no es sino desde 2010 que comienzan a arreciarse y en 2017 tienen un punto de inflexión, con un salto apreciable. A pesar de los pocos años transcurridos, ya desde enero de 2020 comenzaron a realizarse los balances de la medida (*El Tiempo*, 2020).

Los impuestos son expresiones institucionales. A partir de las discusiones y declaraciones de los agentes interesados, se puede establecer que existen dos motivaciones principales para incrementar aquellos relacionados con los cigarrillos:

- El gobierno espera tener una fuente adicional de ingresos.
- Las OSC y el Gobierno esperan reducir la incidencia de consumo de cigarrillo en la población.

Además de ignorar la contradicción entre ambas motivaciones, los tomadores de decisiones también han desconocido las advertencias que han hecho, entre otros, las empresas legales de cigarrillos sobre las posibilidades de un incremento del contrabando.

De esta manera, los resultados esperados por los gobiernos y las OSC conforman los beneficios de esta expresión institucional, mientras que el contrabando, junto con los temas administrativos, de implementación, de aplicación de la ley, entre otros, conforman sus costos. La comparación entre costos y beneficios es una medida poderosa para establecer la pertinencia de una medida institucional específica. No obstante, no es la única. Existen otras consideraciones, incluso filosóficas sobre el papel del Estado, que deben incluirse en la discusión.

En particular, sobre el fenómeno del contrabando y como segundo tipo de desarrollo institucional, existe una medida que deberá tenerse en cuenta en el proceso de relaciones de causas/efectos que van desde el incremento de los impuestos a los cigarrillos en Colombia hasta el contrabando de este bien. Esta es la Ley 1762 de 2015. A continuación, presentamos los elementos de la ley que afectan directamente los incentivos, alternativas y reducen la incertidumbre de las organizaciones dedicadas a la acción criminal de contrabando:

En primer lugar, están las cuantías:

“ARTÍCULO 4o. CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito”.

En segundo lugar, están las sanciones:

ARTÍCULO 14. SANCIONES POR EVASIÓN DEL IMPUESTO AL CONSUMO. El incumplimiento de las obligaciones y deberes relativos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, o el incumplimiento de deberes específicos de control de mercancías sujetas al impuesto al consumo, podrá dar lugar a la imposición de una o algunas de las siguientes sanciones, según sea el caso:

- a) Decomiso de la mercancía;
- b) Cierre del establecimiento de comercio;

- c) Suspensión o cancelación definitiva de las licencias, concesiones, autorizaciones o registros;
- d) Multa.

En particular, sobre el cierre de los establecimientos, se menciona:

ARTÍCULO 16. SANCIÓN DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. Los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá, dentro de su ámbito de competencia, deberán ordenar a título de sanción el cierre temporal de los establecimientos en donde se comercialicen o almacenen productos sometidos al impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto por parte del sujeto pasivo del impuesto.

La dosificación de la sanción atenderá los siguientes criterios:

Cuando el valor de la mercancía sea inferior a doscientos veintiocho (228) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por treinta (30) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea igual o mayor a doscientos veintiocho (228) y hasta seiscientos ochenta y cuatro (684) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por sesenta (60) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a seiscientos ochenta y cuatro (684) y hasta mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por noventa (90) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por ciento veinte (120) días calendario.

PARÁGRAFO 1o. El cierre del establecimiento de comercio genera para su titular o titulares la prohibición de registrar o administrar en el domicilio donde se cometió la infracción o en cualquier otro dentro de la misma jurisdicción, directamente o por interpuesta persona, un nuevo establecimiento de comercio con objeto idéntico o similar, por el tiempo que dure la sanción.

Sobre la suspensión o cancelación del registro, se establece:

ARTÍCULO 17. SANCIÓN DE SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN DEL REGISTRO O AUTORIZACIÓN DE OPERACIONES. Los distribuidores que comercialicen bienes sujetos al impuesto al consumo respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto dentro del término señalado en la ley, serán sancionados por la Secretaría de Hacienda Departamental o del Distrito Capital según corresponda, con la suspensión del registro o autorización de comercialización por un término de hasta un (1) año. Los distribuidores sancionados no podrán comercializar bienes gravados con impuesto al consumo en el departamento respectivo o el Distrito Capital según corresponda, durante el término que fije el acto administrativo sancionatorio correspondiente. En caso de reincidencia procederá la cancelación del registro o autorización.

Sobre las multas:

ARTÍCULO 18. SANCIÓN DE MULTA POR NO DECLARAR EL IMPUESTO AL CONSUMO. Sin perjuicio del pago de los impuestos correspondientes, la sanción por no declarar oportunamente el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 será de (i) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración para el período en que la misma no se haya declarado; o de (ii) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración, calculado proporcionalmente para el período en el que no se declaró el impuesto al consumo y estimados con base en la última declaración de renta presentada. En todo caso, se utilizará la base que genere el mayor valor entre las dos.

Sobre la reincidencia:

ARTÍCULO 26. REINCIDENCIA. Habrá reincidencia siempre que el sancionado, por acto administrativo en firme, cometiere una nueva infracción del mismo tipo dentro de los tres (3) años siguientes a la comisión del hecho sancionado.

La reincidencia permitirá elevar las sanciones pecuniarias establecidas en la presente ley, en un veinticinco por ciento (25%) de su valor cuando se reincida por primera vez, en un cincuenta por ciento (50%) cuando se reincida por segunda vez, en un setenta y cinco por ciento (75%) cuando se reincida por tercera vez, y en un ciento por ciento (100%) cuando se reincida por cuarta o más veces.

Además de los elementos expuestos, la ley cuenta con procedimientos para la revisión de los libros contables y de fortalecimiento institucional (esto es, de las organizaciones estatales directamente relacionadas con el control del contrabando). Respecto a este último aspecto, se establecen mecanismos de coordinación y las funciones de niveles de dirección en el manejo e implementación de la ley. Igualmente, se aborda la disposición sobre las necesidades de tecnología para la persecución y detección del contrabando.

El artículo 44 de la ley establece que, en su artículo 44, que en los acuerdos comerciales que suscriba Colombia se incluirán cláusulas para incrementar la cooperación y la prevención del contrabando. En el mismo sentido, se propenderá (según el artículo 45) para la suscripción de acuerdos de cooperación en materia de contrabando con

países de alto riesgo. En los artículos 50 y 51, se establece que los medios de transporte que sean utilizados en las operaciones logísticas de la mercancía de contrabando serán decomisados.

Así las cosas, se encuentran dos importantes expresiones institucionales que afectan los procesos de control del consumo de cigarrillo en Colombia. La visión tradicional sobre la ley en la que se asume que los objetivos de esta son logrados dependiendo del grado de calidad en su redacción y del número de elementos que sean incluidos, así como de los elementos ideados para controlar la actividad.

Como el objetivo principal es la disminución en la incidencia de consumo de cigarrillo, se establecen unos incrementos en los impuestos en toda la cadena de este producto. Así, se espera que unos mayores impuestos disuadan a las personas.

Respecto a las prevenciones sobre este tipo de medidas, se espera que las estipulaciones de la ley anticontrabando controlen las posibilidades de que, por este medio, los consumidores encuentren sustitutos a los productos que se vuelven menos asequibles en el mercado legal.

A pesar de la solidez aparente en esta lógica, esta debe ser confrontada con supuestos como los señalados a continuación, los cuales se desprenden de la naturaleza de complejidad radical que caracteriza a las sociedades y que, por lo tanto, generan una situación de incertidumbre insuperable en las decisiones institucionales, generando consecuencias no anticipadas, debido a los procesos de adaptación de los individuos ante el contexto alterado por nuevas reglas.

Algunos de los supuestos que pueden poner en entredicho el “éxito” de la política de incrementar los impuestos para reducir el consumo de cigarrillo son:

1. En relación con el consumo se presume una elasticidad de la demanda en la que un incremento del precio va a generar una disminución más que proporcional en el consumo. Pero esto no sucede con productos con elasticidad menor a 1, como es el caso del cigarrillo. Es posible que los datos (que se obtienen a través de encuestas) muestren un cumplimiento de los resultados esperados, pero esto puede esconder varias dinámicas tales como:
 - a. Puede haber una falta de autoindicación sobre consumo. Existen técnicas para saber la cantidad de nicotina, pero no es claro si esto se ha hecho en Colombia.
 - b. Puede tratarse de personas que ya estaban en proceso de dejar de fumar.
 - c. Puede tratarse de personas que no tenían altos niveles de adicción.
 - d. Pueden ser que las personas decidan consumir otros sustitutos, como los cigarrillos electrónicos.
 - e. Puede ser que haya un impacto en los consumidores actuales, pero no sabemos qué tanto en relación con los consumidores futuros y potenciales.
 - i. Esto, en particular, debido a que los consumidores adaptan sus decisiones de consumo a los precios que conocen. Los fumadores afectados por un cambio abrupto, para efectos de discusión, pueden disminuir su decisión, pero esto no necesariamente será así siempre, ni para ellos mismos, ni para los futuros posibles consumidores, como resultado, de un lado, de las mejoras en ingresos de los ciudadanos y, del otro, como resultado de que el contexto de precios para los nuevos consumidores no representa un cambio abrupto, sino que está incluido en sus cálculos en el momento de decidir iniciar el consumo.
 - ii. Ante lo anterior, puede esgrimirse que, no obstante, así como hay una adaptación y una mejora en los niveles de vida, esto puede dar lugar a condiciones diferentes en la percepción sobre la deseabilidad de iniciar el consumo. Si esto es lo que sucede, pierde validez y vigencia la importancia de inducir cambios en el consumo a través de la utilización de mayores impuestos.
2. En relación con el contrabando: en este aspecto, todos los actores reconocen la relación positiva entre impuestos y contrabando. No obstante, existe desacuerdo sobre la aplicación de la ley y/o sobre la relación costo-beneficio entre reducción del consumo e incremento del contrabando. En este documento, se parte de la primera aproximación. Frente a ello, los elementos que se pueden extraer de la revisión del entorno institucional hacen pensar que existe una dificultad para controlar las actividades de contrabando de cigarrillos en el país. Esto no solo se debe a que esta actividad, como se ha demostrado en los estudios adelantados por el *Instituto de Ciencia Política* sobre el tema, se encuentra potenciada por un contexto nacional en donde se encuentran enraizadas organizaciones criminales que tienen capacidad de diversificación de sus fuentes de financiación (Rico & Wiesner, 2018), así como por uno

regional en el que existe una porosidad natural de fronteras y unas características estatales que facilitan este tipo de actividades criminales (Rico, Wiesner & Giraldo, 2019).

Fuera de lo anterior, la ley tiene diversos efectos. En la siguiente tabla, se muestran algunos de ellos, aplicando el principio de consecuencias no anticipadas. Como se verá, la mayoría de las “soluciones” que se pueden considerar inicialmente no abordan de manera específica el problema o sencillamente no son tan evidentes. Esto es importante, ya que, en relación con el cigarrillo, se puede pensar, como hacen algunos, que, si bien los mayores impuestos a los cigarrillos generan mayor contrabando, esto se debe principalmente a que el gobierno no persigue de manera efectiva la actividad. A pesar de que en la superficie esto es cierto, la verdad es que los instrumentos institucionales con los que cuenta el gobierno son muy limitados, lo que lleva a cuestionar la posibilidad de esperar que una actividad criminal como esta puede ser solucionada con más leyes o con una aplicación más rigurosa de la ley, y no con la reducción o eliminación de sus fuentes principales, como las políticas comerciales restrictivas o la imposición de mayores impuestos a los productos.

Tabla No. 1					
Ley 1762 y contrabando - Principio de consecuencias no anticipadas					
Ubicación	Tema	Asunto	Problemas	Efecto	Problema solución
Art. 4	Contrabando	Cuantías	Mínimo	Más con menores cuantías	¿Eliminar mínimos? Congestión, incapacidad de detección
		Sanciones - prisión	Tiempos	Capturados no son grandes, impunidad	¿Más años? No soluciona nada
		Sanciones - multas	Disuasión	Tener en cuenta márgenes de esas actividades	¿Incrementar porcentajes? No soluciona nada
Art. 14	Sanciones	Decomiso	No tiene en cuenta volúmenes de producción	Decomiso de bajas cuantías no disuade y costos administrativos	No claridad sobre posible solución.
Art. 16	Cierre	Tiempo	Estas organizaciones pueden asumir tiempos	Más establecimientos	No claridad sobre posible solución.
		Gradualidad	Intervalos tiene efecto de mínimos	Menores volúmenes, más lugares	No claridad sobre posible solución.
		Parágrafo	Seguimiento	Es por objeto social, que puede incluirse otro; también por quién lo hace	No claridad sobre posible solución.
Art. 17	Suspensión o cancelación registro	Tiempo	Estas organizaciones pueden asumir tiempos	Más diversificación de distribuidores	No claridad sobre posible solución.
		Operación mientras suspensión	Seguimiento	Se asume capacidad de detección	No claridad sobre posible solución.
Art. 18	Multas	Cuantías	Monto	Tener en cuenta márgenes de esas actividades	¿Prohibitivo? Puede inducir más diversificación
Art. 26	Reincidencia	Tiempo	Seguimiento	No van a ser rastreables.	No claridad sobre posible solución.
Cap. III	Libros	Revisión	Seguimiento	Administración sin capacidad de revisar todo ni de conocer situación particular.	No claridad sobre posible solución.
Cap. IV	Institucionalidad	Más instancias y coordinación	Rapidez, flexibilidad	Muchas organizaciones con diversos intereses dificultan decisiones	¿Menos organizaciones? Lesiona principios democráticos ¿Centralización? Nuevas burocracias, mayor posibilidad de captura, duplicidad.
Art. 50, 51	Transporte	Sanción	Decomiso	Mayor diversificación en empresas dedicadas	No hay claridad sobre posible solución.

Tabla elaborada por el autor

Dada esta aproximación, vale la pena preguntarse si lo esperado por los defensores de mayores impuestos a los cigarrillos parte de una ilusión, muy común, en la que se atribuye relación de causalidad a lo que solo evidencia correlación. Para abordar esta cuestión se muestra a continuación la evidencia internacional y nacional con la que se cuenta.

III.4 Evidencia internacional: varias dimensiones

En trabajos académicos, existe una prolífica e histórica producción de investigaciones y aportes en los diversos efectos que tienen las regulaciones estatales (incluidos los impuestos) sobre los bienes que afectan la salud de los ciudadanos, en general, y los cigarrillos, en particular. Esto refleja que no existe aún claridad en la relación entre las variables y los objetivos perseguidos. En efecto, la insistencia en la búsqueda de evidencia refleja las dudas que persisten, a pesar de que la mayoría de los investigadores considera necesaria la intervención estatal

en el control y disminución en el consumo de ciertos bienes (por ejemplo, el alcohol, el cigarrillo y las bebidas azucaradas).

Lo anterior se debe a que existe evidencia contundente sobre los efectos negativos para la salud individual. A su vez, la agregación de estos implica altos costos para los sistemas de salud. De igual manera, existe consenso en torno a la generación de externalidades. Para el caso del cigarrillo, las más recurrentes son las relacionadas con la existencia de perjuicios para los fumadores pasivos (*second-hand smoke*) y, de manera más reciente, con los daños al medio ambiente.

Así las cosas, resulta evidente en la literatura la necesidad de “hacer algo”. La pregunta sigue siendo qué es lo que se debe hacer; qué es lo que mejor funciona. Como se ha mencionado antes, esto implica qué opción de política tiene menores costos sociales y de implementación, mientras alcanza de mejor manera el objetivo último de reducir el consumo de los bienes considerados negativos. Esto es más relevante puesto que las regulaciones se han convertido en la norma en todo el mundo, tal como se muestra en la tabla No. 2.

Tipo regulación	Sí	%	No	%	N.A.	%	Información adicional
Prohibiciones de fumar en espacios públicos ¹	158	81.03%	37	18.97%			Los que prohíben en mayor número son 89 países. La OMS mide el grado de cumplimiento (<i>compliance</i>) de las prohibiciones. Esta va de 0 a 10, siendo 0 que no se cumplen. El promedio de 133 países en los que se mide es 5.88 con una desviación estándar de 2.72.
Tratamiento dependencia ²	147	75.38%	48	24.62%			
Advertencia en paquetes de cigarrillos	174	89.23%	21	10.77%			
Campañas anti-tabaco en medios	81	41.54%	91	46.67%	23	11.79%	
Prohibición de publicidad directa	165	84.62%	30	15.38%			71 países prohíben en todos los medios, incluida Internet.
Metas nacionales anti-tabaco	174	89.23%	18	9.23%	3	1.54%	
Impuestos	184	94.36%	11	5.64%			125 países tienen impuestos sobre todos los productos de tabaco; 59 sobre cigarrillos.
n = 195							
1. La OMS especifica los diversos espacios públicos y las prohibiciones existentes. Se sumaron el número de prohibiciones. Desde 1 en adelante se tomó como que existe la regulación.							
2. Acá no se incluyen los programas, sino los costos que asumen los gobiernos en el pago de diversas opciones de tratamiento. Se asume como que existe la regulación incluso si el gobierno asume parte de los costos.							
Tabla elaborada por el autor con los datos publicados por la OMS en: https://www.who.int/tobacco/global_report/en/							

El único tipo de intervención que no es mayoritario es el de las campañas masivas antitabaco. Esto, seguramente, tiene que ver con la evidencia que sugiere que no son efectivas. Si es así, llama la atención que aún casi la mitad de los países y regiones incluidos en los datos de la OMS usen este tipo de estrategias.

En la literatura revisada, se encontraron dos grandes categorías de aproximaciones. De un lado, las teóricas que, por medio de propuestas, principalmente, de modelos, aportan las variables a tener en cuenta en la generación de políticas y sus posibles efectos. Del otro lado están las investigaciones empíricas. En todos los casos, se formulan modelos econométricos y con información de diversas fuentes (principalmente encuestas de salud), se aportan tanto el sentido de la relación (los signos) como su magnitud (los coeficientes).

De la evidencia empírica resaltan dos hechos. Primero, como es comprensible, existe una extrema precaución por parte de los investigadores para afirmar que sus resultados demuestran la existencia de relaciones en uno u otro sentido. Segundo, ninguna de las investigaciones se considera que tiene validez externa. Es decir, los resultados aplican a la muestra y al contexto de cada investigación y no pueden ser generalizados a todos los casos y contextos similares.

A partir de la revisión de los documentos, surgen las siguientes observaciones generales:

1. Existe una demostrada relación entre mayores impuestos a los cigarrillos y una reducción en el consumo. En todos los casos se presenta y es una presunción de todos los modelos. No obstante, como se verá más adelante, esa reducción que se ve en los datos no se sabe exactamente qué indica.
2. Todos los documentos reconocen que este tipo de impuestos son regresivos en su naturaleza. Esto significa que su carga recae principalmente sobre las personas de menores ingresos.
3. La que se expone en este documento, es una discusión global que comenzó hace décadas. El documento más antiguo de los que se encontró es de 1976 y aún en 2020 se siguen publicando investigaciones sobre el mismo tema. Además, de las investigaciones empíricas, se encontraron casos de Estados Unidos, España, República Dominicana, Tailandia, Sudáfrica e, incluso, revisiones de regiones enteras, como uno que desarrolla un metaanálisis para América Latina.
4. A pesar de ser un debate continuo y aún no acabado, llama la atención la concentración en el número de autores que abordan la cuestión. Esto es comprensible dado que la mayoría de los investigadores se

especializa en un solo tema y producen todos sus aportes en el mismo. Sin embargo, esto lleva a dos fenómenos. De un lado, a la discusión sobre aspectos que pueden convertirse en repetitivos. Del otro, no se percibe una evolución en el pensamiento de los autores. Es decir, si en el primer documento rastreado se encontró una relación negativa entre impuestos a los cigarrillos y la variable dependiente, esta relación se defenderá en todos los escritos posteriores. No se ve un cambio de postura *en los autores*, aunque existe una fuerte discusión *entre autores*.

5. Como es de esperarse en discusiones que se basan en análisis estadístico de datos, los resultados econométricos dependen en gran medida de la muestra utilizada, de la forma de medición, de las pruebas aplicadas, de la especificación del modelo e, incluso, del tipo de regresión o de modelo que se decida estimar. La discusión sobre la validez y la pertinencia de los modelos es de la mayor pertinencia e interés en el ámbito académico, pero esto mismo genera una dificultad en el aporte de evidencia que sirva para la toma de decisiones. En particular, en temas tan relevantes como los acá abordados.
6. Como se mencionó, todos los autores consideran que se “debe hacer algo” para disminuir los efectos negativos del consumo de ciertos bienes (como los cigarrillos). En el mismo sentido, todos los autores reconocen las dificultades que se plantean en este documento. No obstante, ninguno de los modelos las incluye, aunque en muchos de los casos se afirma que su inclusión debe hacerse y que esto podría tener implicaciones importantes en los resultados esperados o identificados.

Ante tanta incertidumbre sobre los resultados, es importante abordar la discusión sobre estos temas también desde la lógica de las funciones que puede y debe tener un Estado. Pero este tipo de discusiones brilla por su ausencia en la mayoría de los documentos revisados para esta investigación.

A continuación, se discute un poco la evidencia más relevante encontrada, a partir de categorías temáticas.

Los aportes teóricos

Los modelos más recientes para explicar el impacto de los impuestos, en particular, y de las regulaciones, en general, a los cigarrillos, incluyen elementos de la economía del comportamiento. Esto tiene dos implicaciones importantes. Primero, se generan mayores dudas sobre la efectividad de los instrumentos de política en grupos sociales, caracterizados por la diversidad de agentes y por la existencia de diversas fallas en la comprensión de la realidad (llamadas en la literatura, sesgos mentales). Segundo, esto mismo lleva a una creencia generalizada sobre un concepto de racionalidad como determinado exógenamente a los individuos y, por lo tanto, que su “mejoramiento” puede ser resultado de mejores políticas públicas.

En Levy, Norton & Smith (2018), se propone un modelo que parte de la presunción de que los consumidores no son racionales ni que están completamente informados (en estos casos, se habla de consumidores ingenuos o *naive*) y que, por lo tanto, sus sesgos afectan la curva de demanda. El modelo resultante tiene implicaciones en la forma de calcular los costos y beneficios de las regulaciones frente al objetivo primario de reducir el consumo de los bienes no saludables.

Dentro del mismo paradigma de la economía del comportamiento, Farhi & Gabaix (2020) parten de las concepciones de Ramsey (impuestos para redistribución), Pigou (impuestos para compensar externalidades) y Mirlees (impuestos sobre ingresos) sobre impuestos óptimos y las complementan con consideraciones comportamentales como que los agentes tienen una atención limitada frente a las decisiones tributarias. Así, llegan a consideraciones como que los impuestos pigouvianos, aunque reduzcan unas externalidades, generan otras y que los óptimos en el sentido de Mirlees pueden crear incentivos perversos para los individuos de más bajos ingresos. En últimas, señalan que, con atenciones heterogéneas entre individuos, estos instrumentos se vuelven imperfectos porque generan errores de asignación y, por lo tanto, consecuencias distributivas adversas. De igual manera, resaltan la importancia de las percepciones. Afirman que, a pesar de la riqueza de su modelo, este no incluye sesgos basados en información como los de señalización (*signaling*), tanto personal como social. En últimas, proponen intervenciones de tipo *nudge*.

Este último modelo, defendido por, entre otros, el premio nobel de economía, Richard Thaler, ha sido denominado paternalismo libertario y consiste en que el Estado no interviene directamente en las decisiones de consumo individuales, pero sí genera unos incentivos de comportamiento para que las personas elijan las opciones que se determinan como ideales. Frente a esto, O'Donoghue & Rabin (2003) defienden una opción más limitada. Consideran que, en general, el paternalismo hace más daño que bien. Por ello, proponen un modelo en el que incluyen una tasa de descuento en el tiempo, justificando así la existencia de los impuestos. De este modo, demuestran que los impuestos afectan las decisiones de los individuos "racionales". Afirman que

las mejores medidas son en educación, incentivos de corto plazo y cambios pequeños en las opciones por defecto (*default options*). Los autores reconocen que existen problemas en su propuesta por captura en la regulación, costos de transacción en implementación y, la más importante, en tipos diferentes de agentes con múltiples sesgos en racionalidad.

Una última propuesta que vale la pena resaltar para esta investigación es la que hace García-Jimeno (2016). El investigador elabora un modelo teórico y aporta evidencia empírica sobre el periodo de la prohibición en EEUU. En el modelo incluye como variables las creencias y el aprendizaje colectivo como predictores de la política elegida y sus cambios. Parte del supuesto que los asuntos morales generan polarización y esto hace que haya más grupos de interés. Encuentra que cuando las restricciones legales sobre libertades individuales tienen resultados inciertos, esos efectos se convierten en fuente de opinión y de cambios de política. Afirma que el castigo es una decisión social, ya que lo que se define como crimen es endógeno a la voluntad (*willingness*) social de hacer cumplir (*enforce*) sus propios estándares legales. Considera que el acuerdo sobre el castigo y el aprendizaje social sobre sus costos y beneficios pueden ser importantes para entender el éxito de políticas diferentes. Al final, el modelo señala que los determinantes del crimen son la no conformidad ante decisiones (*non-conformism*) y la capacidad de hacer cumplir la ley (*law enforcement*). Por ello, las regulaciones sobre actividades que tienen que ver el comercio de bienes incrementan el potencial para la violencia y la corrupción como efectos no anticipados (*side-effects*).

El asunto más explorado: efectos sobre el consumo

La literatura se ha concentrado, principalmente, en evaluar la relación entre impuestos y regulaciones y el consumo de bienes no saludables (principalmente, el cigarrillo). No obstante, en Jensen & Lleras (2012) se encuentra evidencia sobre un paso anterior: las causas del consumo. Los autores encuentran, analizando encuestas de finales de curso a estudiantes de secundaria de diversos niveles en la República Dominicana, que el consumo de los jóvenes tanto de alcohol como de cigarrillo están relacionados positivamente con el ingreso al mundo laboral y el abandono de la escuela. Un mayor consumo de ambos bienes ocurre más tardíamente en aquellos dedicados a estudiar. No obstante, esto no se debe a características específicas de la educación, sino a los grupos de amigos y al ingreso disponible con el que cuentan los jóvenes.

Sobre el efecto de más impuestos y el consumo de cigarrillo, históricamente, ha sido un tema de debate y discusión. Por ejemplo, en Harris (1987) se analizaban los efectos (al nivel de correlaciones) del incremento de impuestos en 1983 en Estados Unidos sobre los precios de los cigarrillos, así como sobre el consumo. El autor señala que la reducción en consumo se debe, principalmente, a que algunos consumidores dejan de fumar y otros no comienzan a hacerlo, pero algunos de los ya fumadores mantienen sus patrones de consumo anteriores. Además, señala que no hay evidencia que permita pensar que esos efectos sean irreversibles en el tiempo.

Por su parte, Liran, Knoepfle, Levin & Sundaresan (2014) aportan evidencia para afirmar que incrementos en impuestos hacen que las personas prefieran vendedores de fuera de los estados de EEUU y que prefieran las compras por internet. Algo similar se muestra en Goolsbee, Lovenheim & Slemrod (2010), quienes muestran incrementos en compras de cigarrillos por internet.

Un debate interesante se ha dado en torno al artículo seminal de Adda & Cornaglia (2006) sobre comportamiento estratégico de los fumadores ante incrementos en impuestos. Los autores aportan evidencia para afirmar que mayores impuestos a los cigarrillos hacen que los adictos consuman cigarrillos con más nicotina o que adapten su nivel de adicción de manera racional. En respuesta, Abrevaya & Puzzello (2012) revisan los datos del trabajo anterior y afirman que no se observa ese comportamiento estratégico, ampliando la muestra. Luego, Adda & Cornaglia (2013) amplían aún más la muestra y, acogiendo algunas de las sugerencias en el tipo de estimación hecho, llegan a conclusiones que ratifican su punto de vista inicial. Algo similar (esto es, los fumadores se adaptan a los impuestos buscando sustitutos con mayores niveles de nicotina) encuentran Cotti, Nesson & Tefft (2016).

Por su parte, Harding, Leibtag & Lovenheim (2012), muestran que las reacciones ante incrementos en los impuestos de cigarrillos varían según las características demográficas de los fumadores. De igual manera, Bardsley & Olekalns (1999) estudian los efectos de incrementos en los impuestos a los cigarrillos para el caso de Australia. Encuentran que la reducción en el consumo, se debe, principalmente, a cambios en precios (incluidos los impuestos), a los ingresos y a cambios demográficos. Sin embargo, encuentran un bajo impacto del lado de los impuestos.

Dentro de las características demográficas, una tiene que ver con la edad. De hecho, más que la protección de los ya fumadores, lo que se persigue con el incremento de impuestos, es que menos personas, comenzando por las más jóvenes, decidan iniciar el consumo. Sobre esto, la evidencia también es mixta. En Hansen, Sabbia & Rees (2017), los resultados permiten afirmar que los jóvenes se han vuelto menos sensibles (*responsive*) a los impuestos desde 2005. Encuentran poca evidencia sobre una relación negativa entre impuestos y consumo de cigarrillos entre jóvenes. Por ello, llaman la atención sobre la necesidad de buscar otras alternativas de política. No obstante, Nesson (2017) encuentra que los impuestos sí son efectivos para que adolescentes no inicien el consumo, aunque advierte que puede haber problemas de autoreporte debido al temor que tienen los adolescentes que participan en las encuestas de afirmar que sí consumen. Años antes, Decicca, Kenkel & Mathios (2002) habían encontrado una relación débil o no existente entre impuestos y que estudiantes de octavo grado en adelante iniciaran su consumo. Un poco en línea con lo encontrado en el caso de República Dominicana, los autores en este caso habían encontrado que un predictor de la deserción escolar era el consumo de cigarrillo.

Como se mencionó antes, otras de las justificaciones de la existencia de impuestos a los cigarrillos es de tipo pigouviano: la existencia de externalidades. Sobre esto, Viscusi (1995; 1999) encontró que estas son tan altas que los costos externos de cualquier medida en contra de los cigarrillos se autofinancian, como resultado de los ahorros en salud ante la disminución en el consumo. Por su parte, Khwaja, Sloan & Wang (2009) consideran que una de las razones por la que los individuos consumen bienes adictivos es el bajo precio de estos. Ante la evidencia, los autores encuentran que los incrementos impositivos pueden ser justificados como resultado de las externalidades que generan, pero no tanto para internalizar los costos de ese consumo (esto es, que las personas entienden los daños que se causan a sí mismos y que causan a otros, sin proponérselo).

Otros estudios parten de supuestos combinados. White & Ross (2015) hacen una revisión del caso de Tailandia. Consideran diferentes alternativas de comportamiento ante incrementos en los impuestos a los cigarrillos en hombres de ese país. Algunos pueden dejar de fumar, otros consumir una marca más barata, otros más comprar por unidad y los restantes pasarse a otra modalidad, como hacer los cigarrillos ellos mismos. Encuentran que todas las estrategias son altamente sensibles a los precios y que los más afectados por todas ellas son los más pobres.

Para el mercado español, López (2002) presenta el efecto de diversas intervenciones en la decisión de iniciar o dejar de fumar. Sus resultados señalan que los precios tienen un débil efecto en la duración hasta que se inicia el consumo. Mientras tanto, la decisión de dejar de fumar se reduce en tiempo como incremento de los precios de las marcas más baratas de cigarrillos. Así, considera que son estas las que deben ser objeto principal de mayores impuestos.

Por último, en Guindon, Paraje & Chalopuka (2015), se hace un metaanálisis entre 32 artículos de investigación en los niveles agregado y de hogares para establecer el impacto del incremento de impuestos sobre el consumo de cigarrillos en América Latina y el Caribe. Los autores encuentran evidencia para afirmar que, en efecto, hay una reducción en el consumo y que ésta es significativa estadísticamente.

Efectos sobre la salud

En Adda & Cornaglia (2010), se encuentra que las prohibiciones de fumar hacen que los no fumadores se expongan más por los comportamientos estratégicos de los fumadores (como esconderse en nuevos lugares). Así, consideran los autores que lo más eficiente, desde el punto de vista del daño a la salud de los demás, es la imposición de impuestos.

Por su parte, Markotiz, et al. (2013) parten del reconocimiento de los efectos dañinos que tiene el consumo de cigarrillo durante el embarazo sobre la salud de los bebés. Y a partir de ahí, investigan sobre la efectividad de las políticas de control al consumo de cigarrillo y encuentran que estas tienen una efectividad limitada.

Efectos económicos

En consonancia con lo que ya se había mencionado, algunos autores han investigado sobre los efectos de mayores impuestos a los cigarrillos sobre grupos con características sociodemográficas específicas. En Goldin & Homonoff (2013) se muestra que las personas de más bajos ingresos son las que más reaccionan ante impuestos sobre bienes de consumo, como los cigarrillos (Goldin & Homonoff, 2013). De igual manera, Rozema & Ziebarth (2017) señalan, para el caso de los Estados Unidos, que mayores impuestos a bienes inelásticos llevan a que los hogares de menores ingresos se inscriban en mayor proporción a los programas de asistencia pública.

Antes, Black & Mohamed (2006) habían partido de la intuición sobre la afectación más que proporcional que tienen los impuestos a bienes no saludables sobre los hogares de menores ingresos y propusieron un modelo sencillo de asignación de recursos al interior de ese tipo de hogares. El modelo asume que el jefe de hogar, hombre, actúa de manera egoísta y que es adicto, ya sea al cigarrillo o al alcohol. Encontraron que los impuestos tienen dos efectos. Uno, directo, es que hay una reasignación de los recursos del presupuesto del hogar. El segundo, indirecto, habrá más gastos en salud, como resultado de un mayor consumo de productos de menor calidad y, por lo tanto, de mayor nocividad.

Para finalizar los efectos en este aspecto, existe evidencia que señala que los impuestos a los cigarrillos se transfieren directamente y en un 100% a los consumidores, lo que hace que sean regresivos. Pero la regresividad se incrementa si se tiene en cuenta que las personas de mayores ingresos, a su vez las más educadas, han disminuido sus niveles de consumo de manera creciente. Por su parte, las empresas productoras no cargan casi nada de los costos de los impuestos (Evans, Ringel & Stech, 1999).

Efectos sobre informalidad y relación con criminalidad

En este aspecto, el que más nos interesa en esta investigación, los aportes son menores en cantidad, pero más contundentes en la existencia de acuerdos. Unos mayores impuestos a los cigarrillos, cualesquiera sean sus efectos en otros ámbitos, pueden tener costos mucho más altos si se incluye el elemento de la informalidad y de la criminalidad. Se considera que los impuestos pueden tener impacto positivo, siempre y cuando el gobierno pueda controlar el sector informal (Broadway & Sato, 2009).

En Bishop (2018), se muestra para el caso de los Estados Unidos que los impuestos pueden hacer que algunos residentes dejen de fumar, pero otros van a intentar comprar sus productos en otros estados. Así, se concluye que la reducción en el consumo depende de los territorios que tengan menores impuestos.

Vale la pena profundizar un poco en los aportes de Irvine & Sims (2014). Los autores derivan funciones de bienestar del gobierno, de los consumidores y de los productores. El modelo está basado en el mercado de Canadá, pero, según los autores, funciona de manera similar en EEUU y la Unión Europea. Parten del hecho que, ante las regulaciones, se han incrementado tanto el contrabando, como las falsificaciones en el mundo. Esto se debe a que el cigarrillo es un producto barato de fabricar. Por esto, los altos impuestos pueden inducir en el estímulo de otras cadenas de oferta.

Como el contrabando también desarrolla lo que los autores llaman actitudes gansteriles (*gangsterism*), los costos sociales de los cigarrillos ilegales son mayores: más tóxicos, costos de policía y de justicia y en capital social.

Los autores consideran que hay tres alternativas en la decisión del nivel de impuestos a los cigarrillos: paternalismo, mano dura contra el crimen (perseguir contrabando) o *Leviatán* (para incrementar ingresos). Cada una es defendida por diferentes *stakeholders*.

Con solo observar la elasticidad de la demanda de cigarrillos, se puede afirmar que los impuestos más altos no son tan efectivos. Además, sus mayores costos, en comparación con el producto ilegal, disminuyen la efectividad de los incrementos de impuestos como medio para reducir el consumo.

En los resultados, los autores afirman que, incluso con sustitución de productos, una reducción de impuestos no incrementa ingresos para el Estado en los casos en que el producto ilegal no es suficientemente grande. Consideran que, para luchar contra el crimen, se deben disminuir los impuestos sobre los cigarrillos. Además, si se disminuyen los impuestos, no necesariamente se incrementa el consumo.

Específicamente, para la relación existente entre impuestos a los cigarrillos y contrabando, el centro de pensamiento *Mackinac Center for Public Policy*, de Estados Unidos, ha hecho una propuesta para medir esta relación a través de la publicación de un escalafón de los estados de Estados Unidos según sus niveles de contrabando de cigarrillos (LaFaive, Nesbit & Drenkard, 2016; LaFaive, Fleenor & Nesbit, 2008). Esta medición tiene la ventaja de que se ha hecho desde 2008, aunque no es anual, y que refleja que los resultados no necesariamente son lineales no proporcionales.

Estudios que se pueden aplicar al caso de los cigarrillos

Algunos resultados de investigaciones de otros bienes son pertinentes para el caso de los impuestos a los cigarrillos. En Saving (1976), se discuten los efectos de impuestos sobre mercados legales e ilegales para bebidas espirituosas. Slemrod (2017) parte de la visión que todo impuesto genera evasión, incluso cuando existen sanciones fuertes. Por su parte, de Paula & Scheinkman (2010) muestran que el IVA y su forma de recolección pueden incidir en la existencia de informalidad en toda la cadena productiva.

Por otra parte, algunos autores reconocen los límites de la regulación en países no desarrollados, con características que dificultan la implementación de regulaciones específicas. Por ello, sugieren que estos países deberían concentrarse en el contexto y no en las reglas porque no pueden hacerlas cumplir (Hallward-Driemeier & Pritchett, 2015).

Para el caso de las bebidas azucaradas, Allcott, Lockwood & Taubinsky (2019), hacen el análisis desde la lógica de los impuestos saludables (*sin taxes*). Algunos de sus hallazgos son pertinentes para este caso: debe haber concentración en externalidades/internalidades y no en disminución de consumo; las políticas para disminuir consumo generan las externalidades e internalidades más grandes; en caso de insistirse en impuestos, estos se deben implementar en todo el territorio (hablando del caso de los EEUU).

¿Y si no son impuestos? Literatura sobre otras opciones

Como evidencian los resultados mixtos en algunos de los apartados, en particular en relación con el consumo, la efectividad de los impuestos a los cigarrillos genera más dudas que respuestas. En el mismo sentido, sus costos parecen estar por encima de los que se estimaron inicialmente. Como se ha señalado antes, esto demuestra la operación del principio de consecuencias no anticipadas.

Tal vez por esto, algunos autores han pasado del estudio sobre los efectos de los impuestos, a la exploración de alternativas para impactar en el objetivo de reducción del consumo. En Abouk & Adams (2017), se aborda el tema de la solicitud de demostración de mayoría de edad a la venta de cigarrillos. Encuentran que estos son efectivos en la reducción del consumo solo en las adolescentes mujeres y no en los hombres. Esto puede deberse, afirman los autores, a que las mujeres tienen mayor probabilidad de éxito en comprar el producto de origen ilegal, cuando son menores de edad; Es decir, la disminución sería solo aparente. En consecuencia, esto puede ser efectivo para reducir el consumo de este grupo específico.

Por su parte, Giné, Karlan & Zinman (2010) muestran los resultados de un experimento en el que se les propuso a fumadores ahorrar en unas cuentas bancarias el dinero que se gastan semanalmente en cigarrillos. Al cabo de seis meses, podrían recuperar el total si pasaban una prueba de nicotina, de lo contrario el dinero sería donado a caridad. De las personas que participaron, se notó una reducción significativa en el consumo de cigarrillos. Lo más interesante para los investigadores es que estos efectos persistieron en el tiempo: a los 12 meses se les hizo nuevamente una prueba sorpresa a los participantes y se mantuvieron los resultados iniciales.

Para resaltar

Con lo descrito hasta el momento, para analizar los efectos de los impuestos sobre los cigarrillos es importante rastrear la evidencia que existe sobre los siguientes aspectos:

- La heterogeneidad entre agentes: la existencia de rasgos de comportamiento, de sesgos mentales y de diferencias sociodemográficas impiden hablar de efectos iguales para diversos grupos sociales. Por ello, se hace pertinente la búsqueda de evidencia que indique si hay comportamientos estratégicos por parte de consumidores.
- La existencia de posturas morales muy fuertes lleva a la justificación de regulaciones. No obstante, la eficiencia de esas regulaciones depende de la resistencia que generen y de la capacidad de hacerlas cumplir.
- Ante esto, la existencia o no de mercados ilegales es determinante. Sus características y tamaño son una variable a tener en cuenta.
- En últimas, la consecución del objetivo en la reducción del consumo de bienes no saludables está determinada tanto por el contexto como por los perfiles de consumidores, así como por la estructura del mercado.

III.5 La evidencia en Colombia

Al igual que en el resto del mundo, en Colombia ha tomado fuerza la hipótesis que apoya los denominados impuestos saludables. Esto ha llevado a la inclusión de regulaciones y de incrementos tributarios desde los años 90. Las medidas relevantes son:

- Ley 223 de 1995: se incrementaron en un 55% los impuestos a los cigarrillos y al tabaco no procesado.
- Ley 1111 de 2006: impuestos por cajetilla y sobretasa al consumo.
- 2008: suscripción del Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT)

- Resolución 1956 de 2008: resultado de la suscripción del CMCT, se establecen espacios libres de humo.
- Ley 1335 de 2009: Ley Antitabaco que regula la publicidad y el etiquetado (las medidas de publicidad entran en vigor en 2011).
- Ley 1393 de 2010: Impuestos por cajetilla y sobretasa al consumo.
- Ley 1819 de 2016: Impuesto adicional por cajetilla de \$1.400= en 2017, \$2.100= en 2018 y, a partir de allí, un incremento anual del 4%.

Los cambios normativos están influidos tanto por los cambios en la opinión pública sobre el carácter nocivo del consumo de cigarrillo como por el consenso internacional sobre la necesidad de controlar este tipo de bienes considerados no saludables. Así como en la evidencia discutida en el apartado anterior, en Colombia también se han adelantado investigaciones sobre los patrones de consumo y sobre los efectos que las medidas del gobierno central han tenido sobre los objetivos buscados.

No obstante, a la opinión pública han trascendido conclusiones que aparentan certezas sobre una efectividad sin dudas al respecto de la relación entre impuestos y los objetivos esperados. Como ejemplo, el diario El Tiempo (2020), haciendo referencia al impacto que ha tenido el incremento más reciente de los tributos que pagan los fumadores, afirma que

Los técnicos del ministerio pronosticaban que, con la tarifa plena del impuesto, el consumo se reduciría en dos puntos porcentuales (de 12,9 a 11,2 por ciento). Y, respecto al recaudo, esperaban que durante el primer año fuera de 300.000 millones de pesos adicionales, y a partir de 2018, de 400.000 millones.

Un balance al cabo de tres años muestra que el objetivo se cumplió, y, hasta cierto punto, mejor de lo esperado. Estudios llevados a cabo por la Fundación Anáas (organización de la sociedad civil que ha estado frente a la promoción de estas iniciativas) y el Consorcio de la Economía Global del Tabaco (Global Tobacco Economics Consortium) no solo han confirmado que los colombianos están fumando menos, sino que los pronósticos de recaudo se están cumpliendo.

Al citar a la autora de las investigaciones, se señala que

“El impuesto está contribuyendo a que muchos fumadores se preparen para dejar de fumar –afirma la economista Blanca Llorente, coautora de los estudios–. Es un indicio de lo que llaman los expertos ‘etapa de preparación para la cesación’ “.

De acuerdo con la experta, estos avances se deben primordialmente al impuesto. Sin embargo, reconoce que no es el único factor. También se deben a la prohibición de publicidad, la creación de ambientes libres de humo y las advertencias sanitarias. “El uso de nuevos dispositivos de tabaco, aunque crece aceleradamente, aún no tiene un peso significativo en estas mediciones”, comenta la experta.

Nótese que no solo en el artículo se da por hecho que se cumplen todos los objetivos propuestos (en términos de consumo y de recaudo), sino que lo primero se le atribuye exclusivamente a medidas regulatorias e impositivas. Esto puede ser cierto, pero también deja de lado que la regulación puede ser reflejo de cambios anteriores en las preferencias de los consumidores o en los cambios demográficos, como muestra la evidencia de otros países y que se describió en el apartado anterior.

Pero no solamente el artículo afirma que los efectos son los deseables y los deseados, sino que además las consecuencias no anticipadas se minimizan. Así se analiza la posible relación entre impuestos a los cigarrillos y el incremento en el contrabando:

El punto más polémico del balance es el aumento del contrabando, que, según el estudio ‘Deicscol’, pasó de 3,5 por ciento en el 2016 a 6,4 en el 2017.

Ahora bien, de acuerdo con Blanca Llorente, el aumento puede considerarse moderado y su principal causa no es el impuesto, sino principalmente las dificultades del Estado para ejercer el control, particularmente en la frontera con Venezuela, así como la ausencia en los departamentos de un sistema de supervisión de los recaudos que permita hacer un rastreo eficiente de los cigarrillos que no pagan impuestos.

Esta interpretación coincide con la expuesta por un grupo de expertos a comienzos de este mes en la revista ‘The Lancet’, y cuyo autor principal es Prabhat Jha, director del Centro de Investigación de Salud Global de la Universidad de Toronto y una de las figuras más renombradas en control de tabaco a nivel global.

De este modo, se considera que los impuestos no tienen incidencia en los efectos negativos y solo generan positivos. El incremento en el contrabando identificado se atribuye exclusivamente a incapacidades estatales. No se propone, sin embargo, cómo se pueden solucionar estas últimas.

En la discusión, se incluyen otros actores que tienen visiones específicas sobre las causas y consecuencias de los impuestos y de su relación con el incremento del contrabando

Ante este tipo de evidencias, Carlos Castro, director científico de la Liga Colombiana de Lucha Contra el Cáncer, concluye: “El impuesto hace que el fumador lo piense dos veces. La industria tabacalera grita y sale con el argumento de que se aumentaría el contrabando y la medida no tendría efecto en la salud, pero hay estudios bien hechos que demuestran lo contrario. Subir los impuestos es una medida de salud pública efectiva. Que no nos vengan con cuentos”.

Vale la pena señalar que el entrevistado parte de un supuesto parcial de racionalidad³ en el comportamiento de los consumidores y que, además, desconoce completamente la estructura del mercado de cigarrillos, la existencia de bienes sustitutos, los comportamientos estratégicos y la existencia del componente ilegal en el mercado, entre otras variables. Si se incluyen todas estas consideraciones, podría decirse que, en efecto, los fumadores lo piensan dos veces ante los incrementos en los precios del cigarrillo legal, pero tienen otras alternativas distintas a dejar de fumar, desde el cigarrillo electrónico hasta las opciones que ofrece el mercado ilegal.

Todo lo anterior lleva a justificar, por parte de los investigadores con una posición política favorable al incremento de impuestos, nuevos incrementos:

A pesar del balance positivo del impuesto en sus tres primeros años, los expertos insisten en que Colombia sigue siendo un país con bajos gravámenes al tabaco y desde varios frentes consideran que ya es el momento de una nueva alza. Como han recomendado los expertos del Banco Mundial, con el tabaco es necesario ir en grande y rápidamente (*‘go big, go fast’*).

Como se refleja en el artículo citado, en Colombia, los estudios que trascienden a la opinión pública y que, por ello, sirven de insumo en las decisiones regulatorias, son favorables a los incrementos de impuestos y tienen fuentes específicas.

Por estas razones y porque los hallazgos tienen relación directa con el objeto de esta investigación, se decidió profundizar en la investigación referenciada en el artículo de El Tiempo (Llorente, 2020). Durante el proceso de búsqueda, se encontró otra investigación en la que participó la investigadora principal (Maldonado, Llorente & Deaza, 2016) que, en consonancia con lo observado para la literatura internacional, mantiene la misma tendencia favorable a los incrementos tributarios frente a los cigarrillos. De igual manera, se halló un artículo que sustenta las declaraciones señaladas en el artículo del periódico colombiano (Gallego et al., 2020).

Vale la pena señalar que, a diferencia de lo que se observa en el caso internacional, la justificación principal de las investigaciones no se presenta en términos de reducción de daños a la salud de los fumadores, sino en términos de incrementos en el recaudo para el Estado. Esto puede deberse a que el objetivo principal es persuadir a los tomadores de decisiones no solo sobre la necesidad, sino sobre la deseabilidad de incrementar los impuestos, basándose en los beneficios tributarios que se puedan extraer. Este elemento puede ser objeto de futuras investigaciones dadas sus implicaciones en las variables que deben incluirse en los modelos de la función de bienestar del Estado colombiano.

Dificultades en la estimación de la elasticidad de la demanda

En Maldonado, Llorente & Deaza (2016), los autores plantean desde el inicio que su objetivo es aportar evidencia para justificar el incremento de los impuestos a los cigarrillos por parte de los tomadores de decisiones. En consecuencia, su intención es hallar la elasticidad ingreso de la demanda de los cigarrillos. Para ello, reconocen, como suele hacerse en estudios similares, la existencia de endogeneidad en la regresión (los precios cambian como resultado de la demanda que, a su vez, afecta los precios). Por esto, utilizan, como también se hace en este tipo de ejercicios, el método de análisis de variables instrumentales y estiman los resultados a través de un modelo de mínimos cuadrados de dos etapas (2SLS). Los autores consideran que un buen instrumento es el primer rezago del precio: este está correlacionado con el precio actual, pero no necesariamente con la demanda actual ni con ninguna de las variables de control. Estas últimas son variables *dummy* (que adoptan un valor de 1 si se presenta la condición o de 0 en caso contrario), que representan los cambios normativos en materia de cigarrillos en el país.

Del lado de la teoría subyacente, no es claro si asumen una forma funcional de la demanda, basada en el modelo racional (en el que se tienen en cuenta tanto el consumo pasado como el futuro) o miope (en el que solo importa

³ El experto asume que los consumidores “piensan dos veces” antes de seguir el consumo, pero también considera que la única opción que verán es dejarlo.

el pasado). En la expresión funcional que presentan parece que es de tipo racional, pero en su estimación parece ser de tipo miope.

Debido a la ausencia, que persiste hasta hoy, de datos en el nivel individual o local en Colombia, las estimaciones las hacen utilizando datos agregados nacionales del DANE. Utilizan los datos de prevalencia de consumo de cigarrillos como variable *proxy* de la demanda y la información del índice de precios al consumidor (IPC) para cigarrillos, desagregándolos de los de los licores de la misma fuente. De igual manera, utilizan los datos de producto interno bruto per cápita en términos constantes.

Estiman cuatro modelos. Como suele hacerse en la literatura, la variable dependiente es la que representa la cantidad demandada, mientras que las regresoras (las independientes) son precios, ingresos y unas variables de control. Los cambios en los modelos consisten en el retiro de las variables de control que no sean significativas en cada una de las regresiones. Al final, los autores deciden que el mejor modelo es el tercero en el que, a pesar de dejar una variable de control que no es estadísticamente significativa (el fortalecimiento institucional para la lucha contra el contrabando), la elasticidad precio de la demanda de cigarrillos se ubica en -0.78. Esto es, el producto es inelástico, pero una variación en su precio del 10% genera una reducción en el consumo de 7,8%.

Al final, los autores reconocen que esta estimación es muy alta en comparación con otras investigaciones, pero lo justifican afirmando que esos otros estudios analizaron periodos de tiempo diferentes, no corrigieron por la estructura de la demanda ni por la regulación existente, no incluyeron los precios de bienes sustitutos o complementarios y estimaron la elasticidad al nivel de marcas específicas.

Con esto, se concluye, tal como se había planteado en el objetivo inicial, que incrementar los precios de los cigarrillos a través de altos impuestos puede cumplir ampliamente todas las metas: servir para reducir el consumo e incrementar el recaudo. Además, como resultado de la estimación que hacen de la elasticidad ingreso, complementan afirmando que, debido a que el aumento del ingreso genera un aumento correspondiente del consumo esperado de cigarrillos, los impuestos deben incrementarse a la par que se incrementan los ingresos de los colombianos.

Si se tiene en cuenta la fecha de publicación del artículo, el reconocimiento que alcanza una de sus investigadoras en la actualidad y lo consignado en la Ley 1819 de 2016, es posible pensar que este aporte pudo haber tenido algún tipo de influencia en las decisiones de los reguladores.

No obstante, y a pesar de su mérito y del valioso esfuerzo, adolece de ciertos problemas que deberían, al menos, cuestionar su validez como guía en la toma de decisiones de política pública. En primer lugar, está el tema de los datos: los autores los toman de manera agregada, lo que desconoce la heterogeneidad en la respuesta de los consumidores, por características sociodemográficas y de otro tipo, y además pueden esconder variaciones tanto en el comportamiento de precios como en las cantidades demandadas. Además de esto, se realizan una serie de transformaciones a los datos que tienen explicaciones metodológicas, pero no teóricas.

En segundo lugar, están los supuestos. El texto está lleno de suposiciones que no siempre se demuestran. Una de ellas es la base para la expresión funcional de la demanda, pero también está la baja sustituibilidad entre marcas en el consumo de cigarrillos. Si bien, esto puede ser cierto, tendría que haberse al menos demostrado. En el mismo sentido, está la selección de las variables de control: aunque hay un interés por la relación causal entre las variaciones regulatorias, se dejaron de lado las propias de los consumidores que sí fueron mencionadas en la presentación de la curva de demanda individual que, luego, se asumió, se podía agregar de manera aditiva.

En tercer lugar, se encuentra la selección del instrumento. En Angrist & Pischke (2016), se mencionan tres características de un buen instrumento. Primero, éste debe tener efectos en la variable independiente (esto es, los precios actuales). Segundo, no debe estar relacionado con las variables omitidas del modelo que generan endogeneidad (supuesto de independencia). Tercero, se encuentra la restricción de exclusión. Esta consiste en que solo hay un canal de transmisión entre el instrumento y la variación de la variable dependiente. A primera vista, y sin evidencia por parte de los autores, podría aceptarse que la primera condición se cumple a cabalidad, pero no necesariamente la segunda y tercera. ¿Los precios en $t-1$ no pueden tener alguna relación con variables explicativas de carácter demográfico e, incluso, con las decisiones regulatorias? De igual manera, los precios de $t-1$ no necesariamente solo afectan la demanda a través del precio en t (el contemporáneo a la medición), sino que pueden hacerlo a través de otros mecanismos como la afectación del ingreso disponible, la canasta de bienes y su adquisición, entre otros. Con esto no se quiere decir que el instrumento elegido no sea apropiado, pero tendría que haberse demostrado su idoneidad.

La necesidad de la demostración sobre la pertinencia del instrumento elegido se hace más patente, en tanto, puesto que en ejercicios similares al desarrollado en la investigación que se discute no se utiliza uno igual. De hecho, la mayoría de las investigaciones utilizan como instrumento el impuesto, ya sea *ad valorem* o proporcional, que se impone. Claro está que esto se da cuando existe variación en los datos, algo que no sucede en este caso, ya que los impuestos son nacionales y, como se mencionó antes, los datos son del nivel país. No obstante, existe evidencia teórica que señala la pertinencia de la utilización del impuesto como instrumento (Zoutman, Gavrilova & Hopland, 2018) y sobre la pertinencia o no de incluir covariables en este tipo de modelos (Dunning, 2012, p. 102, 149).

En cuarto lugar, se encuentra la decisión de seleccionar el tercer modelo como el mejor y, a partir de allí, derivar recomendaciones de política. La inclusión y exclusión de variables parece que se redujo a su significancia estadística y no a la pertinencia teórica. En el mismo artículo se señala que

Al tener un efecto indirecto a través de los precios, se observa que cuando esta variable se excluye de la estimación (modelos VI3 versus VI4), el precio pasa a capturar la variación del fortalecimiento institucional y por tanto se sobreestima la elasticidad, que pasa de -0,78 a -1,068. Esto ocasiona cambios de magnitud similares en las elasticidades ingreso y cruzada. Para evitar el sesgo de variables omitidas, se incluye esta variable a pesar de no ser estadísticamente significativa. En conclusión, el modelo apropiado para la estimación de las elasticidades es el VI3. (Maldonado, Llorente & Deaza, 2016, p. 232).

A este respecto, sería importante presentar al menos una justificación teórica de por qué las demás variables, que fueron excluidas porque no eran significativas estadísticamente, no generan el mismo problema que sí genera la exclusión de la variable de fortalecimiento institucional. Esto, en particular, porque los resultados de la elasticidad parecen dependientes de las variables de cada modelo.

La demostración de la pertinencia de los resultados en este tipo de ejercicios es relevante, no solo por la variación, sino por sus implicaciones. En un documento (Gallet & List, 2003), se hace un metaanálisis de 86 artículos y 368 estimaciones de elasticidades precio de la demanda y se encuentra que los resultados son altamente dependientes del contexto de las investigaciones; es decir, de la especificación del modelo, de los datos utilizados y de la metodología seleccionada. En el caso del artículo acá analizado esto es más relevante porque el resultado se aleja en gran medida de las demás estimaciones tanto para el caso colombiano como para ejercicios internacionales. Aunque existe una altísima variación en los resultados (con una desviación estándar de 0.43), el promedio de las estimaciones de la elasticidad precio de la demanda en los 86 documentos estudiados por Gallet & List es de -0.48, con un rango que va desde -3.12 hasta 1.41.

De hecho, la estimación de Maldonado, Llorente & Deaza es más alta que el promedio de las de las investigaciones que cumplen sus mismas características:

- Las que hacen estimaciones de la elasticidad de largo plazo: -0.44
- Con un modelo de tipo doble log: -0.37
- Con modelo miope (-0.38) o racional (-0.44)
- Utilizando series de tiempo (-0.41)
- Agregación al nivel de país (-0.40)
- Por 2SLS (-0.44)

Además, en el mismo artículo se señala que, precisamente, las decisiones tomadas en esta investigación pueden favorecer elasticidades más altas. Al menos una reflexión sobre este hecho podría haberse sugerido en el trabajo presentado.

Esto es aún más importante si se tiene en cuenta que los resultados fueron presentados como una forma de contribuir al debate de política pública. En un escrito que reúne reflexiones para un simposio de investigación sobre estos temas en la Universidad de Harvard, DeCicca & Kenkel (2016) señalan la importancia que tiene el tener cuidado en la utilización de resultados econométricos en las decisiones que toman los gobiernos. Para ello, establecen tres recomendaciones en relación con el tipo de cuidados a los que hacen referencia.

Primero, señalan que los resultados que se tengan en cuenta deben ser no sesgados (en un sentido estadístico) y que deben dejar clara la relación entre causa y efecto entre precios y demanda. Esto es, deben ser investigaciones con un fuerte diseño institucional que asegure su validez interna. En los casos de ejercicios cuasiexperimentales (como son la mayoría dada la ausencia de aleatoriedad sobre la aplicación de las intervenciones y en los datos), debe existir un grupo de control plausible. Esto se pretende resolver a través del

método de análisis de variables instrumentales, lo que lleva nuevamente a la discusión sobre la pertinencia del instrumento.

Segundo, debe ser clara la evidencia sobre la magnitud y la significancia práctica de la relación. Esto requiere de una discusión basada en la teoría y no en su mera presunción. De igual manera, sugiere la utilización de intervalos de confianza entre los que se encuentra, a un nivel de confiabilidad específico, el parámetro estimado. Infortunadamente, como reconocen los mismos autores, esto no es lo preferido por los tomadores de decisiones, que aspiran a tener guarismos puntuales sobre las relaciones.

Tercero, se debe presentar evidencia sobre la validez externa de la propuesta. Esto significa que los resultados deben poderse extrapolar, ya sea en el tiempo, ya sea a otros casos. En el caso del artículo que acá se discute, no hay ninguna referencia ni validación sobre este aspecto, así como sobre las pruebas de robustez de los modelos estimados.

El estudio sobre relación entre impuestos al cigarrillo y contrabando

De manera más reciente, Gallego et al. (2020) publicó otro documento en el que aborda el tema a través de una línea causal invertida. Por el título y la investigación, parece asumirse que la existencia del contrabando genera el consumo y no al contrario. La sola propuesta resulta interesante, así como el trabajo. La metodología de investigación (a través de encuesta) es rigurosa y los hallazgos deben mantenerse en la discusión. No obstante, como se mencionó en el caso anterior, los resultados no pueden asumirse como verdades reveladas, así como parece ser el caso tanto en el artículo de *El Tiempo* con el que comenzamos este apartado, como en la forma como se han tratado por parte de los reguladores, quienes ven así respaldadas su decisión.

La encuesta realizada es directa, cara a cara, a un total de 1697 personas fumadoras, hombres y mujeres, de todos los estratos, en las principales ciudades del país (Bogotá, Cali, Medellín, Cartagena y Cúcuta, a través de un muestreo aleatorio simple. Sobre esto, llaman la atención dos cosas. Primero, por qué estas ciudades fueron seleccionadas. Segundo, y lo más relevante, cómo estas decisiones afectan la extrapolación de los resultados para sacar conclusiones de toda la población. Es evidente que la muestra no puede ser representativa si no se incluye en el análisis el sector rural y, además, si no se tiene en cuenta que las características observables y no observables de los habitantes de las ciudades más grandes del país pueden afectar sus decisiones de consumo e, incluso, de fumar o no fumar. En el trabajo de investigación que sustenta los hallazgos del estudio señalado (Gallego et al., 2020) corrobora algunas de las preguntas anteriores. Las ciudades seleccionadas, grandes ciudades, lo fueron porque concentran la mayor proporción de fumadores del país. No obstante, también tienen características específicas (como niveles de ingreso) que no tienen otras regiones.

En el mismo sentido, aunque metodológicamente es comprensible, resulta cuestionable desde el punto de vista del análisis del fenómeno, que la aplicación de la encuesta se concentró en reducir la variación entre encuestados. Es decir, se procuró “controlar” por variables como el género, el momento de la encuesta, el lugar y la edad. No obstante, como se mostró antes, estas diferencias son relevantes para establecer los nexos de causalidad y profundizar en el comportamiento del fenómeno. De igual forma, el método de aproximarse a los encuestados es interesante, pero no exento de problemas. Este consiste en entrevistar a las personas que sean observadas fumando en la calle en los lugares previamente seleccionados. Esto puede inducir a resultados que no necesariamente son útiles para hacer inferencias, como es el caso de los canales principales de adquisición de cigarrillos por parte de los fumadores.

Una última observación es que se utilizan los datos de las encuestas de 2016 y de 2017. Es comprensible que de esta información se concluya que el mejor método de demostración sea el de diferencias en diferencias. Sin embargo, solo dos observaciones (una antes y una después de la aplicación de la intervención) no pueden ser utilizadas para sacar conclusiones sobre los efectos de una política. Más cuando, como se señaló, existen efectos de largo plazo, aditivos o multiplicativos que son altamente dependientes del contexto.

Sobre la justificación de la investigación (Gallego et al., 2020), una vez más el objetivo es claro: señalar la pertinencia de mayores impuestos a los cigarrillos en la consecución de los objetivos de política pública de reducir el consumo y su inocuidad en relación con consecuencias no anticipadas, como la del incremento del contrabando. Nótese que ya para este punto la reversión causal que pareciera ser el supuesto detrás de la investigación vuelve a estar en la dirección que en general se asume (consumo y mayores prohibiciones estimulan el contrabando).

Algunos detalles menores en la parte de la justificación/introducción son llamativos. Se menciona una cifra de 17 billones en pérdidas en productividad y en gastos de salud como consecuencia del consumo de cigarrillo, pero no se señala de dónde se sacó el dato de pérdidas en productividad ni qué tiene en cuenta ese estimativo.

Luego, se muestran algunos datos sobre la prevalencia de fumadores y la intensidad (número de cigarrillos semanales). Sobre el primer dato, se muestra una caída entre 2016 y 2017, pero para 2018 no se presenta cambio. Este comportamiento de los datos no es analizado ni cuestionado. Vale la pena señalar que la ventana temporal entre el incremento de impuestos a los cigarrillos y los datos con los que contamos hasta hoy es tan corta que no se pueden sacar conclusiones contundentes. No obstante, sí se pueden hacer reflexiones sobre los cambios que se observan entre año y año, algo que no se presenta en este documento.

Sobre la intensidad se muestra, en el agregado, una caída en el número promedio de cigarrillos entre 2016 y 2017, pero nada se dice sobre el hecho que esta caída no se presenta para cada categoría de consumo. El número de personas que afirma fumar entre 5 y 10, 25 y 30, 30 y 35, 40 y 45 y 55 a 60 cigarrillos semanales se incrementa entre estos años. Puede que esto no signifique nada, pero tampoco se discute ni se menciona.

Es esta parte introductoria se echa de menos una muestra de datos anterior a 2016, así, aunque no se puedan sacar conclusiones, sí se pueda observar una tendencia o una ruptura como resultado de los cambios regulatorios e impositivos.

Se menciona que el principal canal de compra son las ventas en la calle y el 55% de los cigarrillos que se venden son por unidad. Esta observación no lleva a cuestionar si esto es, posiblemente, reflejo de procesos de adaptación de los consumidores a previas prohibiciones y regulaciones. Además, se señala que existe discriminación de precios en estos canales.

Se asume que las empresas tienen alto poder de fijación de precios a lo largo de la cadena. No aportan evidencia sobre esto, lo que puede entenderse como un supuesto. No obstante, este supuesto no lleva a cuestionar la lógica detrás del apoyo de mayores impuestos. Si es así, ¿por qué las empresas productoras no incrementan sus precios ante una demanda inelástica (recuérdese el estimado del artículo anterior), buscando extraer ganancias extraordinarias y, de esta manera, resultan sobrando los impuestos saludables?

Pero no solo se cuestiona cómo esta observación del poder de fijación de precios afecta los supuestos de la investigación, sino que no se cuestiona cómo se ve afectada por la siguiente afirmación que se hace: que los cigarrillos de contrabando están presentes en toda la cadena y que se encuentran de manera simultánea. Si esto es cierto (como parece serlo por la evidencia), las empresas legales no tienen tanto poder de fijación de precios y, por lo tanto, sobraría el supuesto relacionado con el poder de mercado.

No obstante, esto se hace porque existe una premisa detrás de esta investigación y de propuestas similares: que las empresas son el problema y no parte de la solución. Por ello, más adelante en la misma investigación, se comparan las estimaciones sobre penetración del contrabando y se evidencia que estas tienden a ser menores en los estudios “independientes” en comparación con los de las empresas tabacaleras. En el documento solo se muestran los resultados, pero es evidente que lo que pretende es mostrar que los estimativos de las tabacaleras tienen detrás incentivos para sobrestimar los resultados. Esto podría ser cierto, pero tendría que demostrarse por qué los estudios “independientes” no tienen motivaciones también para subestimar los resultados. En este tipo de ejercicios y de discusiones, cuando la evidencia no es tan clara y es altamente dependiente, como ya se mencionó, de las muestras, de la forma de medir, de los modelos, de la metodología, de los datos, entre otras, no se puede invalidar una contribución por el mero hecho de quién la produce. Pero hay algo más interesante: como es imposible saber quién tiene la razón del dato exacto, se pueden comparar comportamientos de las estimaciones y, en ambos casos, se muestra un incremento del contrabando para Colombia.

Volviendo al documento, se muestran posteriormente unos datos de recaudo, ahora sí históricos, sin ninguna transformación, en billones de pesos. La tendencia es creciente. Tal vez con esto se espera mostrar los efectos positivos de las diversas regulaciones al consumo de cigarrillos. Sin embargo, al analizar esos mismos datos en tasas de crecimiento de un año a otro, surgen dudas pertinentes. Estas se consignan en la tabla No. 3 (en amarillo se señalan los crecimientos de recaudo más altos).

Tabla No. 3				
Datos de recaudo - Estudio Fundación Anáas				
Año	Recaudo (bill.)	Crecimiento (%)	Regulación	Cuestionamiento
2000	213		ANTES VENÍA LEY 223/95: 55% CIGARRILLOS Y TABACO NO PROCESADO	
2001	220	3.29		
2002	264	20.00		¿Por qué este incremento?
2003	267	1.14		
2004	275	3.00		
2005	287	4.36		
2006	322	12.20	LEY 1111/06 IMPUESTOS POR CAJETILLA Y SOBRETASA AL CONSUMO	No parece tener efecto
2007	330	2.48		
2008	333	0.91	RESOLUCIÓN 1956/08 - ESPACIOS LIBRES DE HUMO	
2009	317	-4.80	LEY ANTITABACO - PUBLICIDAD. LEY 1335/09	No parece tener efecto
2010	411	29.65	LEY 1393/10 IMPUESTOS POR CAJETILLA Y SOBRETASA AL CONSUMO / ETIQUETADO	Efectos decrecientes
2011	500	21.65	ENTRA EN VIGENCIA PROHIBICIÓN A PUBLICIDAD	
2012	486	-2.80		
2013	497	2.26		
2014	482	-3.02		
2015	524	8.71		
2016	595	13.55	LEY 1819/06	Incrementos más importantes: por el gravamen, pero ¿reducen consumo?
2017	840	41.18	IMP + 1400 POR CAJETILLA	
2018	1146	36.43	IMP + 2100 POR CAJETILLA	
2019	1412	23.21	4% ANUAL	

Después de la parte introductoria, se presenta el ejercicio realizado por la Fundación Anáas, la encuesta. La pregunta de investigación resulta muy ambiciosa, por decir lo menos, pues consiste en cuál es el impacto del incremento de impuestos en la penetración del contrabando en Colombia. Lamentablemente, con los datos mostrados, la pregunta no se puede contestar porque no demuestran ningún impacto. Una razón esencial es que, con el diseño de la investigación, en relación con el tipo de muestra (además de los problemas señalados antes) y el objeto de estudio (el alza de impuestos), no se puede asumir como eliminado el sesgo de selección. Así, aunque el muestreo sea aleatorio simple, el tratamiento no es representativo de la población, ni de los que contestaron la encuesta. Por ello, los resultados, cualesquiera ellos sean, pueden tener un término que sea causado por otras variables y no necesariamente por la intervención de la que se quiere medir el efecto (esto es, el incremento de impuestos).

Pero la razón no solo se encuentra en los datos y el muestreo que, al fin y al cabo, son cuestiones estadísticas. La razón principal es que este tipo de intervenciones pueden tener muchos mecanismos a través de los cuales se relacionan con otras variables y estas pueden ser relaciones no lineales y no de corto plazo. Como se mencionó anteriormente, dado que la intervención es muy reciente y está cambiando constantemente, la medición de sus efectos es difícil de establecer en el corto plazo. En unos años, esto se podría hacer porque el incremento sostenido en el tiempo y cambiante configura lo que en la literatura se denomina un experimento natural (Dunning, 2012). Esta característica puede facilitar futuras estimaciones de la relación causal, pero ahora es aún muy pronto para estimarla.

Sobre los resultados que se presentan, vale la pena resaltar dos. El primero es que en todas las ciudades medidas, con excepción de Cartagena en la que se mantiene constante, hay una mayor penetración del contrabando después de la implementación de las alzas en impuestos. El segundo es de los datos por canal de distribución, que no es claro si aplica para todos los cigarrillos o solo para los de origen ilegal.

A partir de estos resultados y teniendo de base que no pueden ser considerado de manera estricta el impacto de una variable sobre la otra, sí se evidencia una relación positiva entre mayores impuestos e incremento del contrabando. Tal vez esto es lo que lleva a la investigadora principal, tal como se transcribió de manera literal al inicio de este apartado, a señalar en entrevista con el diario *El Tiempo*, que, a pesar de la relación, el problema no es el incremento de los impuestos, sino la capacidad institucional de enfrentar el contrabando.

Ratificándose en esta posición, al final del documento se hacen recomendaciones sobre cómo adelantar la recolección de futuros datos y, en últimas, de enfrentar el contrabando. En relación con las técnicas de recolección de datos en el futuro, se señala que un buen instrumento son las encuestas de autorreporte, asumiendo que los individuos no tienen incentivos para mentir en ellas. No obstante, esto no es tan cierto, si se tiene en cuenta la evidencia presentada con anterioridad en este escrito.

Todas las demás recomendaciones están enfocadas en el fortalecimiento de la persecución a los grupos delincuenciales. Como se recordará en el apartado de evidencia internacional esto se denomina la estrategia de “duro contra el crimen”. No obstante, desde un punto de vista teórico, como se mostró, los autores señalan que, si este es el objetivo, lo que se recomienda es reducir los impuestos y no aumentarlos. No obstante, en esta investigación, con el objetivo de justificar alzas, se adopta una estrategia de mostrar los impuestos como

generadores de beneficios sociales y de inocuidad en relación con los costos, algo difícil de sostener ante la evidencia.

En la estrategia de “duro contra el crimen” que se recomienda en el documento se habla de mayor georreferenciación, registros oficiales, sistema de rastreo y localización, identificación de problemas de recaudo e información con otros productos de la cadena de comercio ilícito. Como se puede ver, se considera que el problema se reduce a la capacidad del Estado de perseguir organizaciones delincuenciales.

Una recomendación, dentro de las enfocadas en el fortalecimiento institucional, llama la atención: monitoreo de redes haciendo uso de algoritmos de *webscraping*. Si bien esto aparenta ser efectivo, plantea nuevos problemas. Primero, sobre los costos y, por lo tanto, la sostenibilidad. Segundo, sobre la capacidad de rastrear de manera efectiva la cantidad de información que circula a través de redes sociales y demás plataformas para identificar mecanismos de venta de cigarrillos ilegales. Tercero, y lo más importante, en relación con la libertad de los individuos. ¿La pretensión de controlar el consumo de cigarrillo por sus efectos nocivos en la salud individual y sus externalidades va a justificar todo tipo de intromisiones, incluso, a la libertad en la red? Llegados a este punto, las propuestas pueden empezar a tornarse excesivas.

En resumen

Después de la revisión de dos documentos que han servido como forma de justificar una medida de política pública, se hace evidente la necesidad de ampliar la discusión y, en lo posible, de salirse de métodos de investigación centrados exclusivamente en la estimación de modelos y/o en la realización de encuestas. Ambos métodos deben servir como insumo para procesos de investigación que involucren metodologías interdisciplinarias y que amplíen el contexto de la discusión hacia sus aspectos prácticos, en relación con la política pública. Es esencial la política pública basada en evidencia, pero hay que tener en cuenta los límites de cada uno de los métodos para encontrarla.

Con esto en mente, se muestra a continuación la evidencia disponible sobre la existencia de relaciones entre variables que validan o invalidan ciertas hipótesis surgidas de la identificación del proceso causal.

III.6 Hipótesis y evidencia: el caso del contrabando

El vínculo causal que en este documento se propone va mucho más allá de una relación lineal entre intervención (en este caso, los impuestos) y el incremento del contrabando. Al fin y al cabo, la primera variable tiene efectos sobre múltiples fenómenos, siendo uno el de contrabando que, a su vez, está multicausado.

Con esto en mente, se considera que el incremento de impuestos lleva, en un periodo prudencial de adaptación (que puede coincidir con la puesta en vigor de la nueva carga, dependiendo del grado de publicidad que tenga la discusión sobre las medidas y, por lo tanto, de la anticipación que hagan los individuos frente a la medida), a cambios en el comportamiento de cada uno de los agentes del mercado.

Del lado de la demanda, los consumidores no actúan como un todo y no están representados por unidades absolutamente maleables a gusto de las decisiones estatales. Lo primero implica que hay unas diferencias en la respuesta frente a los impuestos en dos sentidos. De un lado, hay comportamientos estratégicos. Del otro, los cambios en el patrón de consumo están relacionados con características sociodemográficas. Un elemento que resulta central acá es el cambio en las ideas respecto del consumo de cigarrillo, como en relación con la existencia de un componente ilegal en el mercado. Por su parte, del lado de la oferta, el incremento de los impuestos lleva necesariamente a un incremento de los precios del bien estudiado.

A lo anterior, se le debe sumar la dificultad en la implementación de las normas por parte de las autoridades, tanto nacionales como territoriales. Esto no solo se ve reflejado en los niveles de recaudo, sino también en la aplicación de ley anticontrabando que, por diversas causas antes mencionadas, lleva a niveles bajos de incautaciones, de manera desigual y sin tendencia definida, sin importar cómo sean estas medidas.

La suma de todos estos fenómenos identificados atrae y fortalece a las organizaciones criminales, en este caso, de contrabando de cigarrillos por medio de la generación de precios que pueden incrementarse y extraer así ganancias extraordinarias, con una baja probabilidad de captura o de pérdidas de los canales de distribución que afecten el negocio.

Relación general impuestos – contrabando

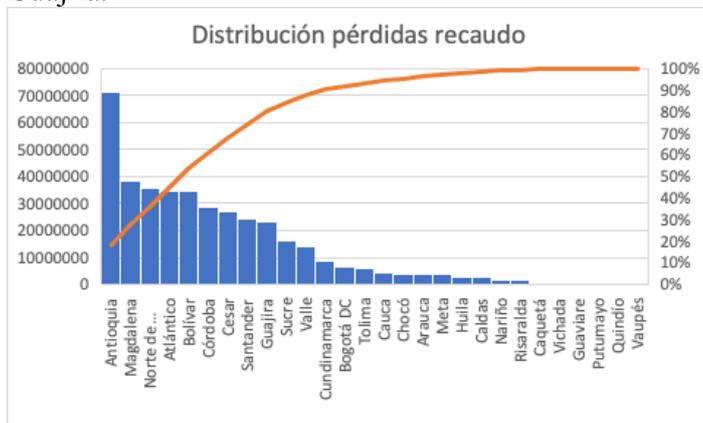
Los datos de la encuesta de Invamer evidencian una relación muy estrecha y positiva entre las medidas tributarias para enfrentar el consumo de cigarrillos y el incremento de los cigarrillos de origen ilegal, tanto

desde el punto de vista de la cantidad como de las personas que los consumen. En 2011, primer año de la encuesta, los datos arrojaron una estimación de la prevalencia de consumo de cigarrillos ilegales del 16% en cantidad y del 12% del total de fumadores a nivel nacional. Para 2019, las mismas mediciones se encontraban en un 30% y un 22%, respectivamente.

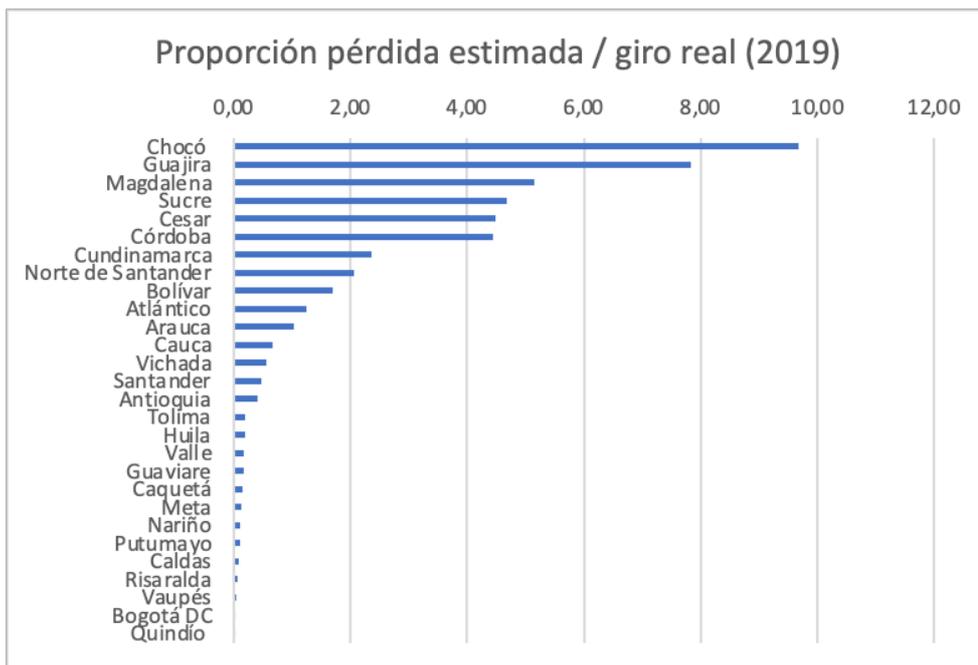
Este hecho genera más dudas respecto de la utilidad de medidas con las acá discutidas puesto que, después de una caída en el consumo de cigarrillos ilegales en las mediciones de 2015 y 2016, la incidencia en ambas mediciones se incrementa de manera sostenida desde 2017, año en el que entran en vigencia los impuestos a los cigarrillos, que también se han incrementado.

Por su parte, está la evidencia desde el recaudo. En algunas discusiones se mencionó que este ha aumentado como resultado de los incrementos en los impuestos a los cigarrillos. No obstante, el cálculo no solo debe hacerse desde lo observable, sino también de lo que dejó de percibirse. Por ello, la encuesta de Invamer hace esa estimación. En el nivel nacional, las pérdidas de recaudo estimadas se incrementan en esos mismos años. De cerca de 230 mil millones de pesos en 2017 a un poco más de 395 mil en 2019.

Pero no solo los agregados muestran todo el panorama. Como se puede observar a continuación, existe una concentración de pérdidas en algunos departamentos. El 80% de las pérdidas se presentan en tan solo 9 departamentos: Antioquia, Magdalena, Norte de Santander, Atlántico, Bolívar, Córdoba, Cesar, Santander y La Guajira.



Pero la concentración no lo es todo. En la siguiente gráfica se muestra la proporción entre las pérdidas estimadas y el total recaudado por departamento. Como se puede observar, el contrabando de cigarrillos es extremadamente costoso, no para Bogotá o para Risaralda, pero sí para Chocó, La Guajira, Magdalena y otros.



Así, el tema de la relación entre impuestos a los cigarrillos y contrabando se hace más relevante como objeto de discusión. En las próximas páginas se profundizará en algunas hipótesis, que surgen de la literatura previamente revisada y de los datos, para aportar evidencia que permita avanzar en la caracterización de la relación objeto de este estudio.

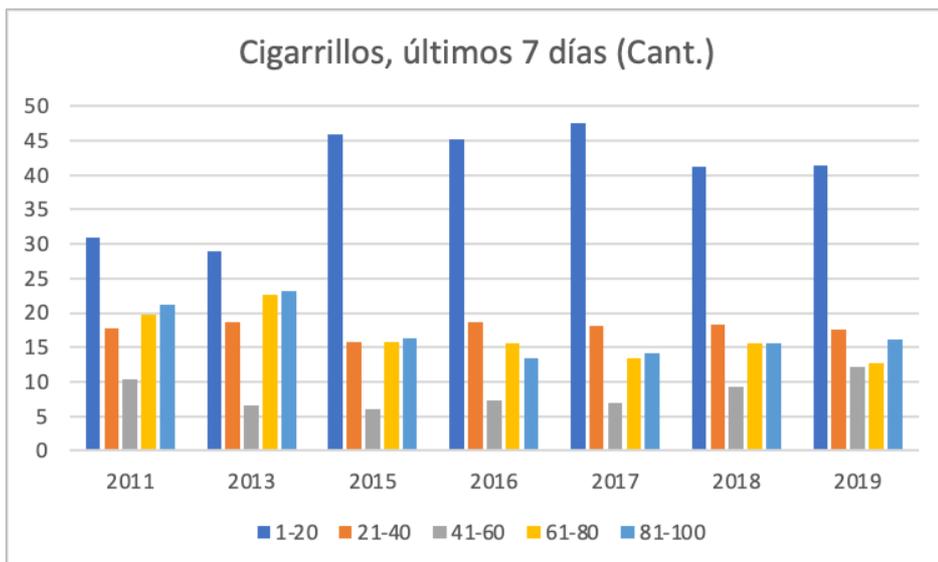
Hipótesis 1: Diferencias entre consumidores

Como se mencionó en el apartado correspondiente, en la literatura existe una profunda discusión sobre si los impuestos a los cigarrillos pueden afectar de manera diferenciada a consumidores que tienen características diferentes. En el caso colombiano, analizada en esta investigación, esta discusión se ha pasado por alto. La profundización en ella no solo se debe hacer con el fin de comprender las dinámicas del consumo de cigarrillo y los límites de los mecanismos de intervención estatal, sino que también pueden tener implicaciones éticas que no se han tenido en cuenta en la utilización de los mecanismos tributarios.

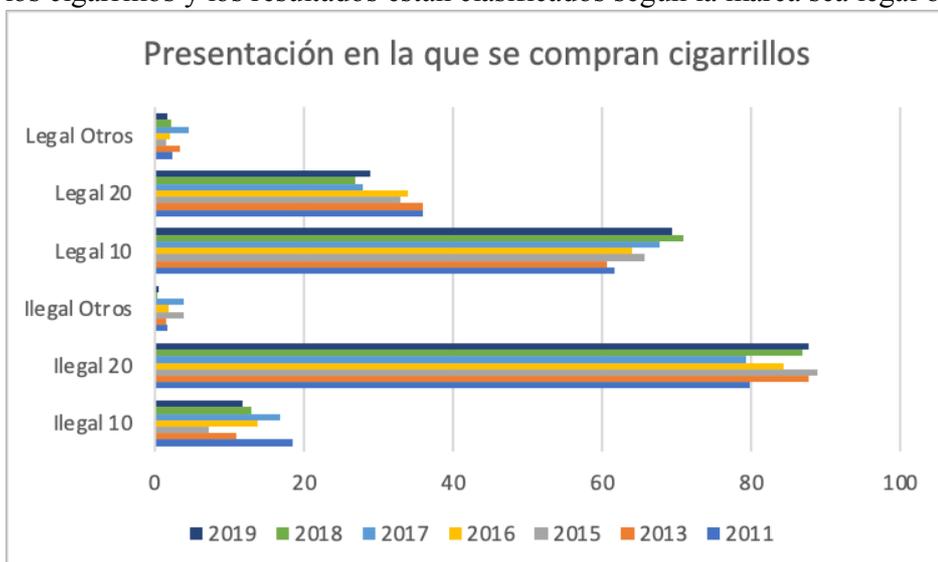
Con el fin de presentar insumos para el debate, en este documento se abordará este asunto desde tres puntos de vista. Primero, sobre la evidencia en torno a lo que se denominan comportamientos estratégicos. Esto es, si los fumadores pueden mostrar cambios frente a los impuestos, tales como comenzar a consumir cigarrillos de menor calidad y similares. Segundo, si puede considerarse que hay diferencias en los patrones de consumo como resultado de características sociodemográficas de los fumadores. Tercero, como se señaló previamente, existen contribuciones que plantean que las perspectivas de éxito o fracaso de las restricciones al consumo de bienes como el cigarrillo están relacionadas con las ideas, incluso morales, de las sociedades en las que se aplican, acá se presenta evidencia sobre este tema. Este asunto tiene implicaciones que van más allá de decisiones puntuales de política pública y que han sido ignorados en la mayoría de estudios.

Hipótesis 1.A: Comportamiento estratégico

De los datos de la encuesta de Invamer, se muestran a continuación los resultados por cantidad de cigarrillos fumados en los 7 últimos días. A partir de esta gráfica, se pueden hacer las siguientes observaciones. Primero, los fumadores colombianos, se encuentran, en una mayoría, en un nivel de consumo bajo. Esto es, históricamente, han fumado semanalmente hasta una cajetilla de 20 cigarrillos. Segundo, la proporción de personas que fuman esta cantidad de cigarrillos se incrementó entre la observación de 2013 y la de 2015, mientras se redujo la de personas que fumaban entre 3 y 4 cajetillas en la misma presentación a la semana. Tercero, posteriormente, entre 2017 y 2018, se ve una caída en esa misma categoría, pero un incremento en la proporción de personas que fuman más de 4 cajetillas en adelante a la semana. Cuarto, en la observación del año 2019, se presenta un incremento casi imperceptible en la primera categoría.



En la siguiente gráfica, se muestran los resultados para la pregunta sobre la presentación en la que se adquieren los cigarrillos y los resultados están clasificados según la marca sea legal o ilegal.



De lo anterior, surgen tres observaciones relevantes. Primera, a diferencia de lo que arrojan los resultados de la Fundación Anáas, la presentación “otros”, que incluiría la venta por unidad, no es la más relevante en esta muestra, para ninguna categoría de cigarrillos en ningún año.

Segundo, una mayor proporción de los encuestados que fuma cigarrillos ilegales los adquiere en la presentación de 20, mientras que los que fuman cigarrillos legales parecen preferir la de 10. La consistencia de estos datos apuntaría a que hay diferencias relevantes en los patrones de consumo entre las personas que adquieren los dos tipos de cigarrillos y su grado de adicción.

Tercero, dentro de las proporciones de consumo de cigarrillos legales, se ve una caída, no muy pronunciada, en la presentación de 10, así como en la de otros, entre 2018 y 2019. La misma tendencia no se ve en la de 20, que se incrementa, en el mismo periodo y que supera así el nivel de 2017. Además de lo anterior, en la de consumo legal, sucede un incremento en la presentación de 20 cigarrillos desde 2017.

Luego, están los lugares en los que se adquieren los cigarrillos. Para esto, la encuesta tiene dos preguntas. En una de ellas, se le pregunta a la persona que dónde acostumbra a comprar sus cigarrillos. En la segunda, se le pregunta dónde adquirió los cigarrillos que tiene en ese momento en su posesión. Aunque la diferencia es sutil, podría entenderse como dónde dice comprar los cigarrillos la persona y dónde, en efecto, los compra. Aunque se podría esperar consistencia entre las dos respuestas, la encuesta no la arroja.

Debido a esto, se muestran los resultados de manera separada. En este respecto, sobre los lugares en los que las personas afirman comprar generalmente sus cigarrillos, los espacios de restaurantes, San Andresitos, estaciones

de servicio, mayoristas, universidades, panaderías, cigarrerías, distribuidores o billares tienen muy pocas respuestas.

Por su parte, los bares y discotecas tienen un 4.07% en promedio, mientras que los kioscos, un 4.89%. Un lugar de compra que vale la pena resaltar es el de los vendedores de calle. Como se había señalado, en los resultados acá presentados hay una gran diferencia con los resultados del estudio de la Fundación Anáas. En las 7 encuestas de INVAMER, este canal de venta tiene tan solo un 7.29% en promedio de preferencia, con un coeficiente de variación muy bajo (16.9%). La máxima proporción de respuestas las tuvo en 2015 (9%) y la más baja en los años 2013 y 2016 (6%). En los años 2018 y 2019, se ha mantenido constante en un 8% con un leve incremento desde el 7% en 2017. Debido a la estabilidad en las respuestas año tras año y a la representatividad de los encuestados, esta preferencia puede estar muy cerca del valor real en la población.

Los lugares en los que dicen la mayoría de encuestados adquirir sus cigarrillos se muestran en la siguiente tabla.

Lugar de adquisición (intencional) por año (%)							
Lugar	2011	2013	2015	2016	2017	2018	2019
Tiendas de barrio	86	84	86	83	79	74	73
Minimercados	21	18	22	23	22	26	25
Licorería	18	16	17	17	18	18	20
Grandes cadenas	12	13	14	8	7	8	8

Como se puede observar, los lugares preferidos por los consumidores no varían mucho con el año en el que se hace la encuesta. En particular, los lugares más mencionados son los más cercanos a los consumidores⁴. A pesar de la consistencia histórica, no debe pasarse por alto que sí hay cambios en las menciones dentro de las categorías, aunque entre ellas, se mantenga el mismo orden. Como se puede observar, las tiendas de barrio y las grandes cadenas (en particular estas últimas) reducen la proporción de menciones, mientras que los minimercados y las licorerías las incrementan. Esto puede reflejar algún cambio en la forma como los fumadores consideran es deseable adquirir el bien.

En la pregunta sobre dónde compró los cigarrillos que, en ese momento, tiene el encuestado en su poder, se mantienen las tendencias de casi ninguna mención para los lugares antes señalados. No obstante, acá, en el lugar donde *efectivamente* se compraron los cigarrillos, también casi desaparecen los bares y discotecas, así como los kioscos y los vendedores de calle. En este caso, en ningún año se supera el 2% de las menciones.

Lugar de adquisición (efectiva) por año (%)							
Lugar	2011	2013	2015	2016	2017	2018	2019
Tiendas de barrio	75	74	74	76	72	68	66
Minimercados	10	8	8	12	14	15	15
Licorería	5	4	6	5	7	7	7
Grandes cadenas	5	7	6	3	2	3	3

Como se puede observar, el comportamiento de los lugares más relevantes en los que las personas adquieren los cigarrillos guarda la misma relación que en la pregunta anterior. No obstante, acá en los años 2013 y 2015, las grandes cadenas se ubican en tercer lugar, desplazando a las licorerías. Luego, debe notarse la caída que tienen a partir de 2016.

En la siguiente tabla se resumen los resultados para la pregunta sobre cuáles son las tres razones principales por las que la persona adquirió la marca de cigarrillos que tiene en su poder.

⁴ Sobre la categoría de “Minimercados” debe aclararse que, en los primeros tres años de la encuesta, se reportan los datos consignados en la tabla para la categoría “Supermercado/almacén”. Desde 2016, las menciones de este lugar llegan a 0, mientras que aparecen los datos, como están consignados, de “Minimercados de barrio”. Debido al comportamiento de la categoría y a que las personas pueden confundirse entre los dos términos, se consideró adecuado integrarlas en una sola y solo dejar la intencionalidad de los encuestados desde 2016.

Principales razones para adquirir una marca específica de cigarrillos													
Razón	2011	Razón	2013	Razón	2015	Razón	2016	Razón	2017	Razón	2018	Razón	2019
Sabor	83	Sabor	87	Sabor	83	Sabor	84	Sabor	83	Sabor	81	Sabor	75
Disponibilidad	68	Disponibilidad	60	Disponibilidad	52	Es la más barata	57	Es la más barata	54	Es la más barata	56	Es la más barata	54
Es la más barata	49	Es la más barata	49	El prestigio de la marca	47	Disponibilidad	48	Disponibilidad	45	Disponibilidad	48	Disponibilidad	42
El prestigio de la marca	47	El prestigio de la marca	43	Es la más barata	41	El prestigio de la marca	42	El prestigio de la marca	45	El prestigio de la marca	47	El prestigio de la marca	39
Es la que fuman mis conocidos	28	Es la que fuman mis conocidos	30	Es la que fuman mis conocidos	36	Es la que fuman mis conocidos	36	Es la que fuman mis conocidos	38	Es la que fuman mis conocidos	38	Es la que fuman mis conocidos	31
La apariencia/diseño del paquete	17	La apariencia/diseño del paquete	16	La apariencia/diseño del paquete	19	La apariencia/diseño del paquete	23	La apariencia/diseño del paquete	22	La apariencia/diseño del paquete	20	La apariencia/diseño del paquete	19
Probar otra opción (para cambiar)	8	Probar otra opción (para cambiar)	8	Probar otra opción (para cambiar)	7	Probar otra opción (para cambiar)	10	Probar otra opción (para cambiar)	13	Probar otra opción (para cambiar)	10	Probar otra opción (para cambiar)	11

De los anteriores datos, se pueden hacer las siguientes observaciones. Primero, existe algún tipo de sofisticación en el tipo de consumidor de cigarrillos⁵. Debe observarse que las consideraciones de sabor y prestigio de la marca son relevantes. Segundo, causas “objetivas” como la disponibilidad del bien y su precio han tenido relevancia. En particular, el precio se convierte en la segunda causa más mencionada desde 2016. Tercero, en relación con otros elementos de la literatura que se reseñaron antes, acá parece encontrarse una posible causa de por qué las campañas antitabaco y la prohibición de publicidad no son tan efectivas en la reducción del consumo: el diseño o apariencia de los empaquetados no son los principales móviles del consumidor colombiano. En el mismo sentido, se encuentra evidencia que contrasta con la postura según la cual un motivo relevante para fumar es el entorno de amigos con el que se cuenta (*peer effects*). Debe aclararse, sin embargo, que estos efectos se encuentran en adolescentes, mientras que la encuesta solo tiene en cuenta adultos. Por último, llama la atención que la causa menos mencionada en la de cambiar de marca. Esto refleja no solo lealtad sino el tipo de consumo estable en el tiempo.

Hasta acá los datos de la encuesta muestran cambios en algunas categorías de las variables relacionadas con el número de cigarrillos consumidos semanalmente, la presentación de cigarrillos legales e ilegales, el lugar donde se adquieren (efectivamente) y los motivos de comprar cierta marca. A continuación, se muestran las correlaciones entre las categorías más relevantes que se identificaron con la revisión de las estadísticas descriptivas. Vale la pena señalar que los datos anteriores eran porcentajes de los encuestados. El ejercicio de correlación se hizo con los datos de cuántas personas representaban esos porcentajes. Para ello, se tomó el total de encuestas de cada periodo y se multiplicó por cada porcentaje. Los resultados se aproximaron al entero más cercano por tratarse de individuos.

	periodo	menos20	a60	a80	a100	ilegal10	ilegal20	legal10	legal20	cadena	licorera	tiendaba	minimerc	barata	disponib	sabor	tx1	tx2	tx3
periodo	1																		
menos20	0.8675	1																	
a60	0.6357	0.6537	1																
a80	0.3158	0.3548	0.6069	1															
a100	0.3592	0.4259	0.8101	0.8435	1														
ilegal10	0.5198	0.4917	0.6212	-0.1968	0.1478	1													
ilegal20	0.8176	0.9041	0.8459	0.6923	0.7419	0.3857	1												
legal10	0.8801	0.9316	0.8643	0.5502	0.675	0.5331	0.9787	1											
legal20	0.5579	0.8011	0.7513	0.7292	0.7046	0.2822	0.9051	0.8311	1										
cadena	-0.268	-0.12	-0.1513	0.5809	0.3692	-0.8367	0.0876	-0.0784	0.1751	1									
licorera	0.8616	0.9272	0.8466	0.4068	0.6264	0.6393	0.9266	0.98	0.7631	-0.1876	1								
tiendaba	0.794	0.9636	0.7654	0.5472	0.602	0.4581	0.9635	0.9534	0.9273	-0.0187	0.9244	1							
minimerc	0.9033	0.8212	0.8839	0.3802	0.5607	0.7328	0.8598	0.9329	0.6482	-0.3714	0.9366	0.8194	1						
barata	0.8905	0.8479	0.8746	0.4522	0.5563	0.7038	0.8893	0.9345	0.7489	-0.3529	0.9155	0.8735	0.9761	1					
disponib	0.4257	0.6827	0.8183	0.7157	0.8112	0.2423	0.8506	0.793	0.8926	0.2917	0.7466	0.8149	0.6122	0.6358	1				
sabor	0.8632	0.9682	0.7809	0.5559	0.6189	0.4611	0.9794	0.9798	0.8846	-0.0268	0.9496	0.9894	0.8676	0.9028	0.7804	1			
tx1	0.8056	0.5789	0.5989	0.0096	0.3244	0.6882	0.5396	0.6818	0.1795	-0.4683	0.754	0.4762	0.8316	0.7134	0.2204	0.5733	1		
tx2	0.7094	0.4732	0.7946	0.5121	0.6059	0.3911	0.6752	0.7173	0.3852	-0.0893	0.6677	0.4975	0.8125	0.7326	0.5165	0.5861	0.7303	1	
tx3	0.5361	0.6021	0.9467	0.7201	0.9129	0.4968	0.8351	0.8133	0.808	0.0025	0.7886	0.7582	0.7752	0.7981	0.8208	0.7623	0.4714	0.6455	1

Las correlaciones están identificadas por su intensidad y dirección. Entre mayor sea, el color es más rojo; mientras que, entre más baja, el color es más verde. De las variables identificadas, las de ilegal20 (consumo de cajetillas ilegales en su presentación de 20), legal10 (cajetillas legales en su presentación de 10), y minimercado (compra efectiva de cigarrillos en minimercados) tienen el mayor número de correlaciones positivas de alta intensidad (esto es, superiores a 0.8). Al otro extremo, la variable cadena (las cadenas de supermercados) es la que tiene un mayor número de correlaciones negativas, aunque solo 1 de ellas es de alta intensidad. De igual manera, la variable que no tiene ninguna correlación intensa es la de ilegal10 (cajetillas ilegales en su presentación de 10).

⁵ En el informe de competitividad del Foro Económico Mundial, la sofisticación de los consumidores se considera baja cuando su principal consideración es el precio para adquirir los bienes y es más alta en tanto se incluyan otros motivos que impulsen a comprar.

De este cuadro, se observan las siguientes tendencias en el interior de las categorías de análisis acá incluidas (consumo de cigarrillo por cantidades, por presentación, por lugar donde se compran y por motivaciones de compra):

- Todas las categorías de consumo de cigarrillos por cantidades están positivamente correlacionadas. Las mayores correlaciones se presentan entre el consumo de 41 a 60 y más.
- Las presentaciones de cigarrillos están correlacionadas positivamente, sin importar si son legales o ilegales. Es importante resaltar las correlaciones tan altas entre el consumo de cigarrillos ilegales (en presentación de 20) y de los legales en ambas presentaciones.
- Respecto de dónde se adquieren los cigarrillos, existe una relación negativa entre la compra en supermercados de cadena y los lugares locales. Entre estos, la correlación es positiva y muy alta.
- Entre las razones de la adquisición de cigarrillos, también la correlación es positiva en todos los casos, pero llama la atención la alta relación entre sabor y el que sea barato.

Para describir los comportamientos siguientes, se debe señalar que, con el fin de incluir el componente de intervención, se crearon tres variables *dummy*. La primera (tx1) es el incremento a los impuestos desde 2017; la segunda (tx2) es el incremento de 2018 y la tercera (tx3) representa el incremento de 2019. Es evidente que este ejercicio tendrá que repetirse cuando se cuente con un mayor espacio de tiempo para capturar los efectos de largo plazo de estas intervenciones. La razón de crear tres variables de este tipo es que, si bien, los impuestos se han incrementado como resultado de la misma intervención, los incrementos han sido escalonados y acumulativos en el tiempo.

Del lado de las cantidades, estas presentan correlaciones positivas con todas las variables de presentación. Las más altas se encuentran entre el consumo de menos de 20 cigarrillos y las presentaciones de 20 para ilegales y cualquiera de las otras dos para legales. En el mismo sentido, la categoría de va de 41 cigarrillos a 60 se relaciona con la categoría ilegal20 y legal10.

Respecto de los lugares, solo hay correlaciones negativas con la categoría de cadenas de supermercados. En particular, cuando se relacionan la variable de consumo de menos de 20 cigarrillos y la de 41 a 60. En el resto de los casos, las correlaciones son positivas. Las mayores se presentan, cuando son menos de 20, con las licoreras, tiendas de barrios y minimercados; cuando son entre 41 y 60, con licoreras y minimercados.

Del lado de las razones del consumo, todas las correlaciones son positivas. Las mayores se presentan en la categoría de menos de 20 cigarrillos y las variables barata y sabor. Por su parte, la de 41 a 60 se correlaciona con la barata y disponibilidad. La de 81 a 100 cigarrillos, con la de disponibilidad.

En relación con las variables de intervención, las correlaciones son menos intensas y positivas, siendo las mayores se dan entre la variable tx3 y las categorías de consumo entre 41 a 60 y entre 81 a 100. Esta observación es importante en dos sentidos. De un lado, se repite el patrón que la variable con mayores correlaciones es la de tx3. Esto puede indicar que existen rezagos entre las intervenciones y los efectos que se tienen, así como en la acumulación de efectos ante las intervenciones tributarias.

Ahora se procede a describir el comportamiento de las variables de presentaciones. En relación con los lugares, las de ilegal10 y legal10 tienen una relación negativa con la de cadena. De resto, son positivas, siendo las más intensas las de ilegal20, ilegal10 y legal20 con los tres lugares de mayor cercanía a los consumidores.

Frente a las motivaciones del consumo, también todas son positivas. Dentro de las mayores:

- Ilegal20 con barata, disponibilidad y sabor.
- Legal10 con barata y sabor.
- Legal20 con disponibilidad y sabor.

En este caso, aunque las intervenciones están correlacionadas positivamente con la de las presentaciones, llama la atención que la mayor de todas es la de ilegal20. En menor intensidad, se encuentran las dos categorías de cigarrillos legales.

Por su parte, además de lo descrito hasta acá, la relación entre lugares y motivaciones muestra también aspectos interesantes. Existe una relación negativa entre cadena y barata y sabor; mientras que hay una positiva entre cadena y disponibilidad. Todas las otras son positivas. Barata y sabor tienen las mayores correlaciones con licorera y minimercado. Por su parte, tiendas de barrios la tiene con las tres motivaciones principales. En relación con las intervenciones, existe una relación negativa con las cadenas de supermercado y una positiva con la de minimercado.

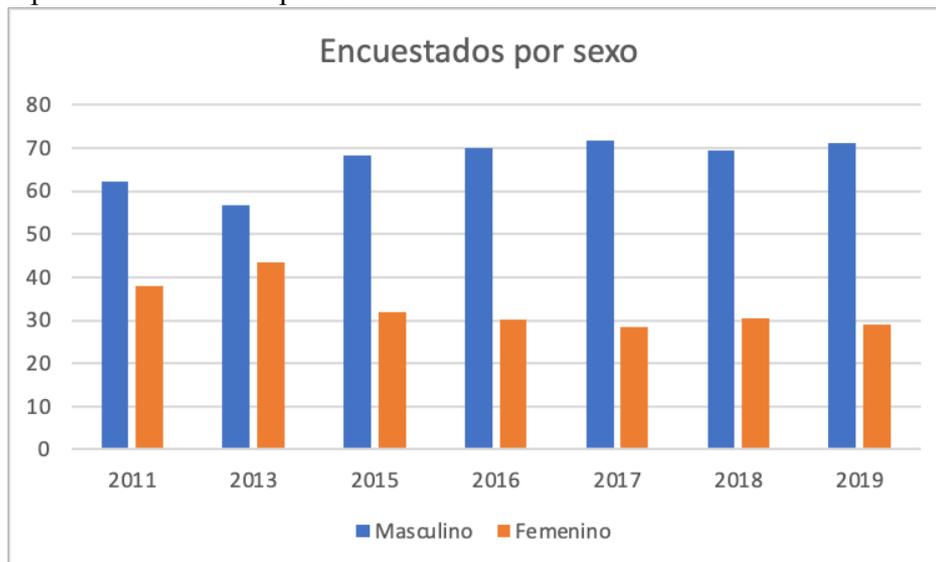
Por último, las motivaciones se encuentran correlacionadas positivamente con todas las intervenciones, pero la mayor es la disponibilidad.

Como se aclaró desde el apartado metodológico, la evidencia no debe confundirse con atribuciones de relaciones de causalidad. Sin embargo, de todo lo mencionado hasta acá, puede verse que sí existen elementos para pensar que, en Colombia, existen diversos comportamientos estratégicos en los fumadores colombianos y que estos reaccionan frente a las decisiones de incremento de los impuestos a los cigarrillos. Llama la atención que existe evidencia también para señalar que esas intervenciones están relacionadas no solo con las dinámicas de ilegalidad (esto es, contrabando de cigarrillos), sino que tienen una relación positiva con los atributos y lugares que las facilitan. De esta manera, y esto debe estudiarse en futuras investigaciones, se podría considerar que los impuestos presentan un mecanismo amplificador, multiplicador en términos de especificación de modelos, en economías en las que existe presencia de mercados ilegales.

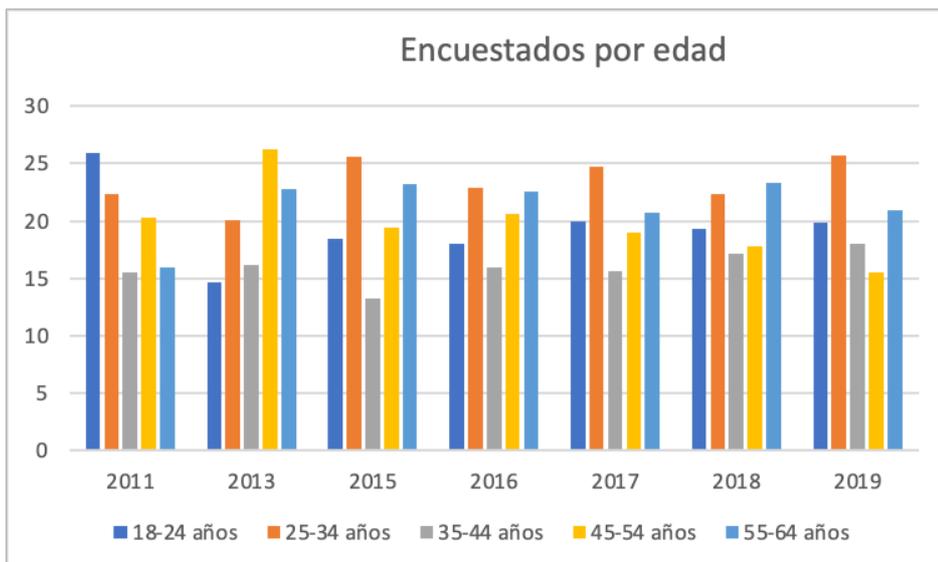
Hipótesis 1.B.: Características sociodemográficas

En el caso colombiano, existe evidencia que sugiere que hay comportamientos estratégicos por parte de los fumadores. En este apartado se mostrará si también la hay para hablar de diferencias en los patrones de consumo y, por lo tanto, en los efectos que tengan los cambios en los precios, dadas las características sociodemográficas de la encuesta. Como se hizo en el apartado anterior, primero se describen los resultados de la encuesta y, a partir de ello, se hace un trabajo de correlaciones.

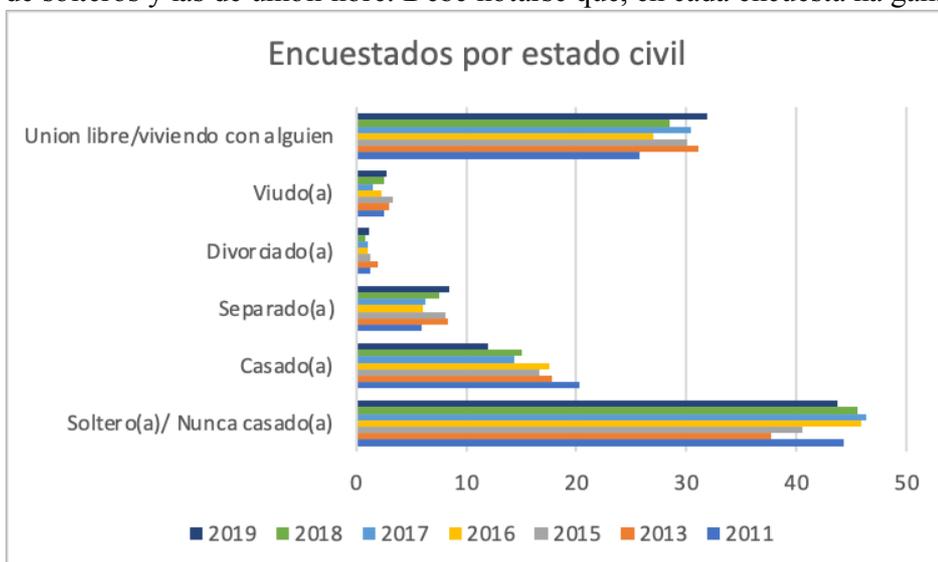
No se debe olvidar que todas las características que se mencionan son las relacionadas con aquellos que son fumadores. Por lo tanto, puede que sus atributos no sean necesariamente un reflejo de las dinámicas de la población colombiana en general, pero sí de las de los consumidores de cigarrillos. En este sentido, más que una descripción de los hallazgos, la siguiente información puede servir como una forma de caracterizar al grueso del fumador colombiano. En primer lugar, se muestran los resultados por sexo. Debe notarse que es mayoritaria la proporción de hombres en la muestra y que esta ha crecido con el paso del tiempo. Las mujeres han perdido representación con el paso de los años.



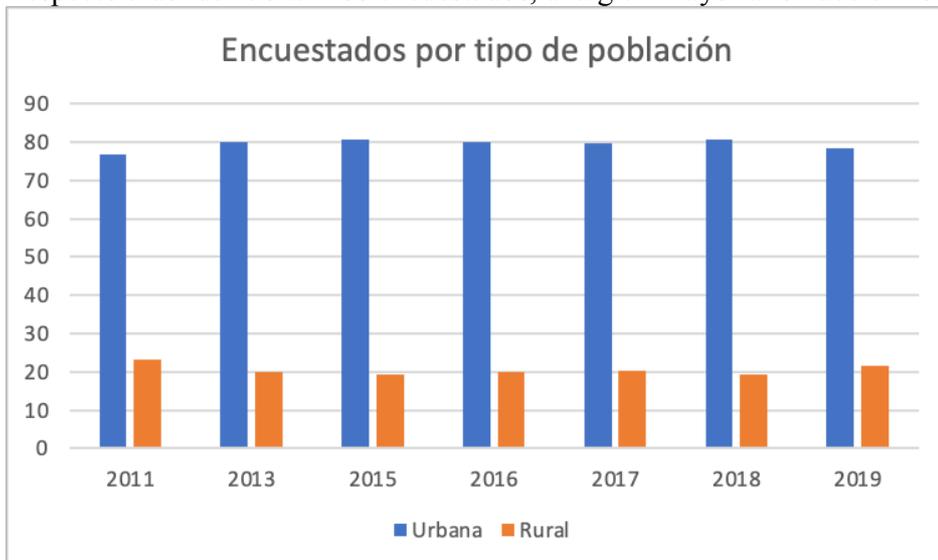
Respecto de las edades, resalta la importancia de personas entre 25 y 34 años y, en menor medida, la de personas de entre 55 años y 64. Por su parte, los más jóvenes, de entre 18 y 24 años, han tenido una representación sin una tendencia clara.



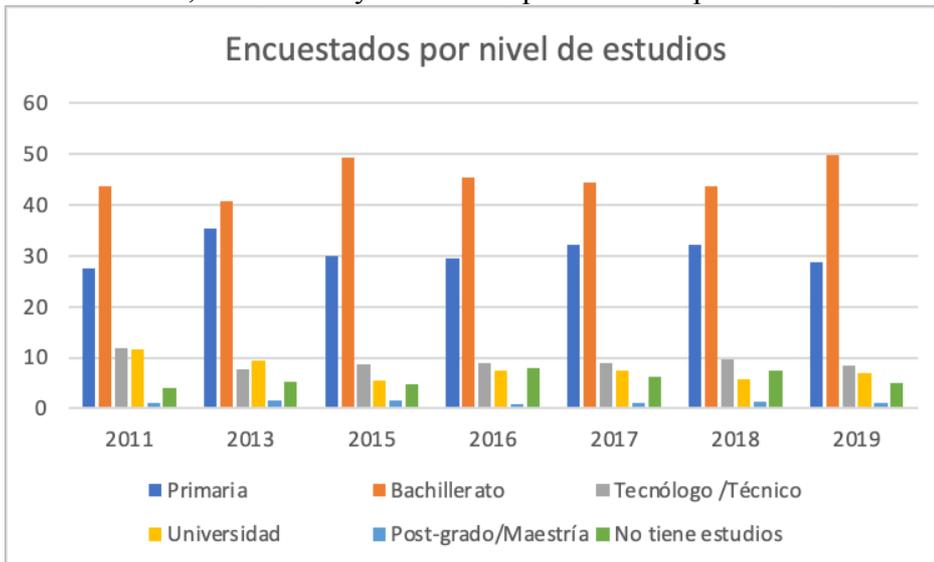
Sobre el estado civil de los encuestados, para todos los años, las categorías que mayor relevancia tienen son las de solteros y las de unión libre. Debe notarse que, en cada encuesta ha ganado peso la categoría de casados.



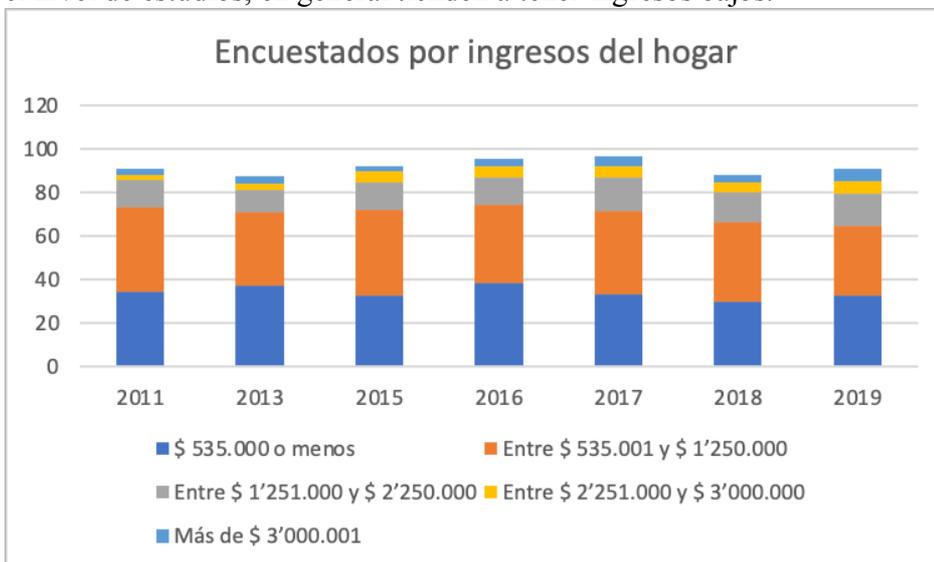
Respecto a dónde habitan los encuestados, una gran mayoría lo hace en zonas urbanas:



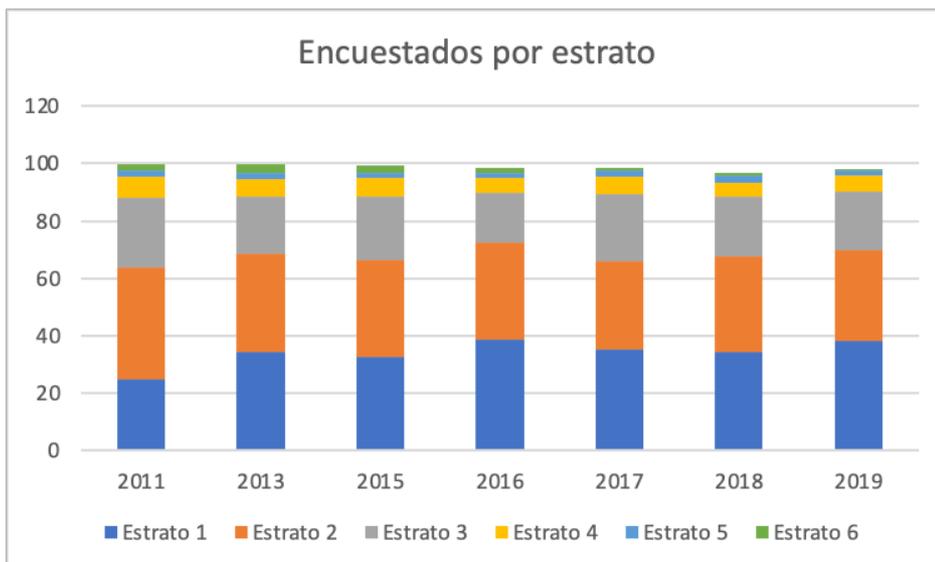
En la siguiente gráfica, se muestra la composición de los encuestados por su nivel de estudios. Se puede ver que históricamente, han sido mayoritarias las personas con primaria o secundaria como máximo nivel de educación.



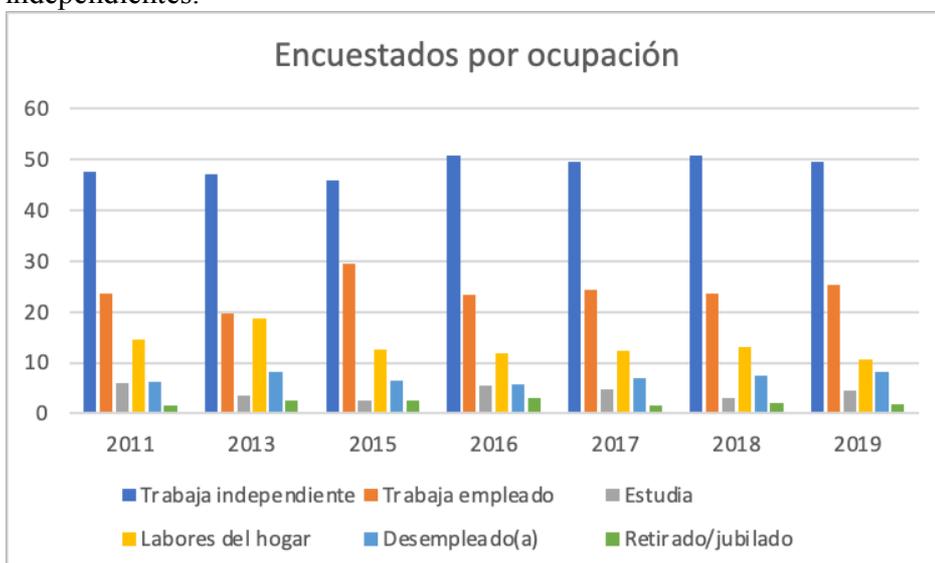
En la siguiente gráfica, se muestran los ingresos mensuales del hogar, según como son reportados por los encuestados. Como se puede observar, existe una representación mayoritaria, en todos los años de aplicación de la encuesta, de hogares con ingresos de menos de \$1.250.000. No obstante, vale la pena señalar que la proporción entre las dos categorías se reduce en los dos años más recientes de la encuesta. Esto puede estar mostrando las tendencias generales de la economía colombiana, tanto en la distribución de ingresos, como en las mejoras que se han presentado en años recientes. A pesar de ello, no debe olvidarse que acá se refleja la composición de una muestra representativa de personas que fuman en Colombia. Por ello, y relacionándolo con el nivel de estudios, en general tienden a tener ingresos bajos.



De manera complementaria, los encuestados manifiestan, en una altísima proporción que la casa en la que habitan en el momento de ser entrevistados se encuentra en los estratos 1, 2 o 3.

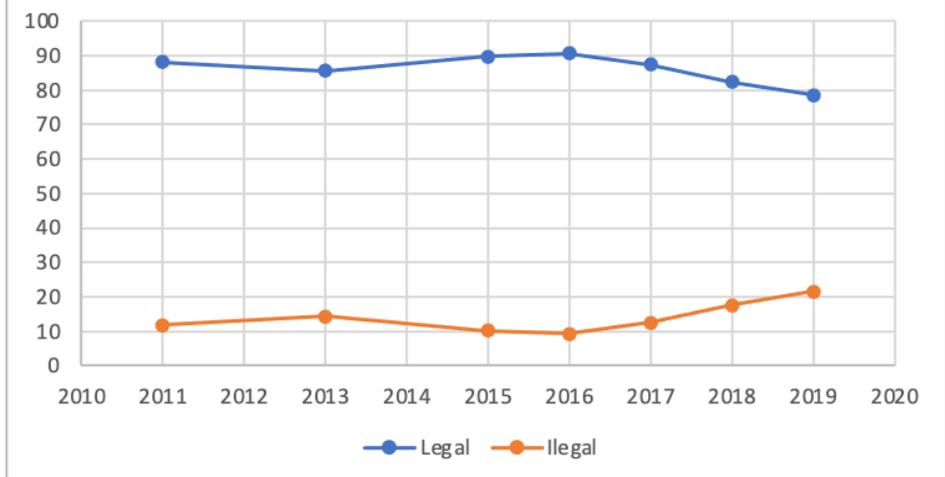


Lo anterior está relacionado también con el tipo de ocupación de los encuestados. Como se puede observar en la siguiente gráfica, en todos los años, existen tres ocupaciones principales: 1. Trabajadores independientes. 2. Empleados. 3. Labores del hogar. De un lado, la gran proporción de trabajadores independientes refleja la informalidad del mercado laboral colombiano. Del otro, debe señalarse la baja proporción tanto de estudiantes como desempleados en esta muestra. El caso de estos últimos es particularmente interesante porque podría señalarse este grupo como proclive al consumo de cigarrillo por cuestiones de estrés y otras situaciones psicológicas, pero eso no parece reflejarse en los datos. Por su parte, del lado de los estudiantes y dada la presentación de personas más jóvenes en la encuesta, es importante señalar que esto podría indicar que los más jóvenes que consumen cigarrillo no son personas que están estudiando, sino que pueden dedicarse a labores independientes.



Una última observación, es la del tipo de cigarrillos que consumen los fumadores de la encuesta. Como se puede ver, una gran mayoría son de origen legal. No obstante, no se puede pasar por alto el incremento que se ve desde 2017 en los de tipo ilegal, mientras que los legales ven disminuida su representación.

Encuestados por tipo de cigarrillo



Así las cosas, a partir de estas observaciones, se puede crear un perfil del fumador colombiano: hombres jóvenes de 25 a 34 años o adultos de 55 a 64 años, en unión libre o solteros, que viven en ciudades, con un nivel de educación máximo de secundaria, con unos ingresos mensuales del hogar de máximo \$1.250.000, que viven en estratos 1, 2 o 3 y que son trabajadores independientes, empleados o que trabajan en las labores del hogar. Después de describir los comportamientos por variable, a continuación, se muestran las diversas relaciones lineales que se encuentran entre ellas. En la primera tabla, se observan las correlaciones entre las variables incluidas en este apartado. Lo primero que llama la atención es que todas las correlaciones son positivas y de una magnitud no despreciable. Si solo nos concentramos en las relaciones que existen entre las categorías de cigarrillos legal e ilegal con el resto de las variables, se puede afirmar que entre mayores sean los ingresos, el nivel educativo, el que la persona sea empleada, que sea soltera y que tenga más edad hay una mayor correlación con el consumo de cigarrillos de origen legal. Por su parte, se debe resaltar que la variable de edad 18 a 24 años casi que tiene un mismo comportamiento con la variable ya sea de cigarrillos legales e ilegales. En el caso de ser mujer, de ocuparse en labores del hogar y de habitar zonas rurales, la correlación de mayor magnitud está en el caso de los cigarrillos ilegales.

	menos535	menos1250	primaria	bachil'o	independ	empleado	hogar	soltero	ulibre	estrato1	estrato2	estrato3	edad24	edad34	edad64	mascul'o	femenino	urbana	rural	legal	ilegal		
menos535	1																						
menos1250	0.8323	1																					
primaria	0.8715	0.8786	1																				
bachillerat	0.9383	0.9346	0.9235	1																			
independ	0.9368	0.9075	0.9521	0.9674	1																		
empleado	0.8643	0.9716	0.8782	0.974	0.9088	1																	
hogar	0.6389	0.5348	0.8279	0.7056	0.6909	0.6335	1																
soltero	0.9119	0.9266	0.9183	0.9485	0.9888	0.9026	0.5877	1															
ulibre	0.9105	0.8867	0.9726	0.9713	0.9591	0.9254	0.8249	0.9242	0.9487	0.9557	1												
estrato1	0.9626	0.866	0.9644	0.9429	0.9777	0.871	0.7424	0.9487	0.9557	0.9097	0.9097	1											
estrato2	0.9206	0.8931	0.8648	0.9806	0.9555	0.943	0.6428	0.9395	0.9239	0.9097	0.8563	0.9087	1										
estrato3	0.7437	0.9104	0.8525	0.9053	0.8633	0.9225	0.6292	0.8746	0.9077	0.7906	0.8563	0.9087	0.8967	1									
edad24	0.7745	0.8502	0.7396	0.8864	0.8735	0.8655	0.4388	0.9053	0.8234	0.7643	0.9125	0.9087	0.8967	0.8967	1								
edad34	0.9221	0.9552	0.9285	0.9941	0.9638	0.9782	0.6829	0.9553	0.9722	0.935	0.9608	0.9369	0.8967	0.8967	0.9096	1							
edad64	0.8806	0.8942	0.9623	0.9209	0.928	0.8995	0.7742	0.8888	0.927	0.9516	0.8789	0.7734	0.6829	0.9096	0.9096	0.9096	1						
masculino	0.9253	0.9567	0.9454	0.9773	0.9899	0.9479	0.6481	0.9901	0.9563	0.9609	0.9534	0.9015	0.8889	0.9832	0.9293	0.9293	0.9293	1					
femenino	0.8108	0.6318	0.8061	0.8508	0.7925	0.7707	0.8965	0.7046	0.8829	0.8103	0.8408	0.7057	0.6563	0.8104	0.7879	0.754	0.754	0.754	1				
urbana	0.9354	0.9398	0.9653	0.9878	0.9878	0.954	0.7301	0.9689	0.9782	0.9734	0.9603	0.8897	0.854	0.9852	0.9579	0.9914	0.8227	0.8227	0.8227	1			
rural	0.9225	0.8618	0.8877	0.9694	0.9645	0.9052	0.6787	0.9521	0.9533	0.9214	0.9682	0.8994	0.934	0.9644	0.8357	0.9545	0.8464	0.954	0.954	0.954	1		
legal	0.9449	0.9669	0.9166	0.9764	0.9578	0.9664	0.6157	0.9544	0.9357	0.9494	0.943	0.8652	0.8381	0.9793	0.9371	0.9814	0.746	0.9794	0.9193	0.9193	0.9193	1	
ilegal	0.7475	0.6693	0.8585	0.8339	0.8717	0.7328	0.8265	0.826	0.8905	0.8276	0.8415	0.7998	0.7977	0.818	0.7611	0.8214	0.8692	0.846	0.9001	0.7283	0.7283	0.7283	1

Ahora bien, si se analiza la relación de las variables sociodemográfica con las del apartado anterior de intensidad del consumo (esto es, el número de cigarrillo por semana), se ratifican algunas observaciones adicionales y se pueden mencionar otras nuevas.

	menos20	a60	a80	a100
menos535	0.8807	0.7857	0.6079	0.6201
menos125	0.9819	0.6763	0.3663	0.4769
primaria	0.9073	0.7643	0.5718	0.6541
bachillerat	0.9253	0.8466	0.6207	0.7205
independ	0.9273	0.8728	0.5435	0.6432
empleado	0.9372	0.7439	0.5443	0.6443
hogar	0.5471	0.6451	0.8111	0.841
soltero	0.9424	0.852	0.4227	0.558
ulibre	0.8933	0.838	0.6365	0.7685
estrato1	0.9162	0.7985	0.5911	0.6216
estrato2	0.8733	0.8964	0.6437	0.7232
estrato3	0.8594	0.7813	0.3811	0.6761
edad24	0.7993	0.8957	0.3556	0.6297
edad34	0.9454	0.8237	0.5459	0.6855
edad64	0.9206	0.6895	0.6324	0.5847
masculino	0.9653	0.8272	0.4867	0.6018
femenino	0.6223	0.8209	0.9054	0.9425
urbana	0.9483	0.8299	0.588	0.6695
rural	0.8555	0.936	0.5807	0.7624
legal	0.9791	0.7447	0.5082	0.562
ilegal	0.658	0.9487	0.6607	0.8562

En la tabla, están resaltadas únicamente las mayores correlaciones entre cada variable de interés y las categorías de intensidad en el consumo de cigarrillo. Así, se perfila aún más el tipo de consumidores por cada una. Parece ser que, entre más ingresos, más educación, el ser empleado, estar soltero, vivir en una casa de estrato 1 (algo que debería estudiarse más), tener más edad, ser hombre y habitar en ciudades se consume un menor número de cigarrillos por semana. Pero también se corrobora las observaciones sobre otro perfil: trabajar en el hogar y ser mujer están correlacionados positivamente con un mayor consumo de cigarrillos a la semana. En menor intensidad, también lo está el habitar zonas rurales, tener entre 18 y 24 años y vivir en estrato 2.

En las últimas dos filas, se observa cómo el consumo semanal de cigarrillos puede relacionarse con la decisión de consumir cigarrillos legales o ilegales. Como se puede ver, existe una altísima correlación entre una menor intensidad en fumar y el consumo de cigarrillos legales. Por su parte, consumir más cigarrillos a la semana está asociado positivamente con la adquisición de cigarrillos ilegales.

Cuando se incluyen en el análisis las variables de la presentación de cigarrillos, legales o ilegales, sea por paquete de 10 o de 20 cigarrillos, las cosas se vuelven más confusas.

	ilegal10	ilegal20	legal10	legal20
menos535	0.4866	0.9272	0.899	0.9502
menos125	0.4531	0.9045	0.9319	0.793
primaria	0.4324	0.9528	0.9637	0.775
bachillerat	0.45	0.9864	0.9749	0.9246
independ	0.5833	0.9705	0.9903	0.8518
empleado	0.3558	0.948	0.938	0.8813
hogar	0.0463	0.7825	0.7241	0.6248
soltero	0.6632	0.9346	0.9779	0.8122
ulibre	0.4458	0.9767	0.9722	0.8622
estrato1	0.4994	0.9597	0.9567	0.868
estrato2	0.4692	0.9689	0.9546	0.9233
estrato3	0.5277	0.864	0.9102	0.716
edad24	0.6914	0.8301	0.8837	0.7506
edad34	0.4913	0.9712	0.9761	0.8932
edad64	0.2776	0.9587	0.9363	0.8259
masculino	0.5661	0.9659	0.9902	0.852
femenino	0.1624	0.8838	0.8028	0.8621
urbana	0.476	0.9901	0.9921	0.8816
rural	0.6039	0.9482	0.9594	0.8827
legal	0.4604	0.9575	0.9557	0.9026
ilegal	0.5148	0.8671	0.8834	0.6866

Si bien, los rasgos generales, permanecen, debe observarse que, ahora, existe una mayor cantidad de variables que tienen correlaciones positivas entre las presentaciones de cigarrillos ilegales de 20 con las legales de 10. Incluso, algunas variables que, antes estaban mayormente correlacionadas con la categoría legal, ahora lo están con la de ilegal 20. Esto podría indicar que la cantidad de cigarrillos que fuma una persona es determinante para establecer no solo el efecto de unos mayores precios sino, desde la lógica de consecuencias no anticipadas, cómo afecta esto cuando existen contextos con la existencia de economías ilegales.

Por último, se muestran las correlaciones con las variables *dummy* que creamos para capturar la reciente presencia de medidas tributarias en el consumo de cigarrillos.

	tx1	tx2	tx3
menos535	0.3901	0.4603	0.8136
menos125	0.5717	0.5037	0.6094
primaria	0.6984	0.6758	0.7613
bachillerat	0.5184	0.5985	0.8367
independ	0.6529	0.6937	0.8235
empleado	0.4745	0.5213	0.7206
hogar	0.4858	0.6387	0.7558
soltero	0.6813	0.661	0.7731
ulibre	0.6184	0.6349	0.8624
estrato1	0.5825	0.6124	0.7965
estrato2	0.4759	0.6585	0.8512
estrato3	0.6854	0.5682	0.7541
edad24	0.6032	0.621	0.801
edad34	0.5662	0.5704	0.8115
edad64	0.5377	0.6291	0.6718
masculino	0.6398	0.6323	0.7749
femenino	0.3264	0.6083	0.9185
urbana	0.601	0.6475	0.8039
rural	0.587	0.6502	0.919
legal	0.501	0.5052	0.7203
ilegal	0.7117	0.8554	0.9296

Tal como resultó en el apartado anterior, las correlaciones son crecientes en el tiempo (no se debe olvidar que tx1 antecede en un año a tx2, el cual antecede en un año a tx3). Esto podría indicar que es necesario incluir un componente acumulativo y, por lo tanto, multiplicativo en los efectos que este tipo de medidas tienen en las decisiones de consumo y, como acá se discute, sobre los mercados ilegales de cigarrillos. Adicionalmente, debe notarse que, en todos los casos, las correlaciones son positivas. Esto puede poner en duda, en este nivel, el efecto disuasorio en el consumo. En amarillo, están resaltadas las correlaciones más intensas. Vale la pena señalar el caso de los cigarrillos de origen ilegal, así como con las variables de consumidoras mujeres y de habitantes rurales. Luego, en naranja, se resaltan las relaciones superiores a 0.8 (muy intensas) con otras variables. Allí, se encuentra los casos de ingresos más bajos, de estudios de bachillerato, de trabajadores independientes, en unión libre, habitantes de estrato 2, de zonas urbanas y en las categorías de edades más jóvenes.

En el apartado anterior, se aportó evidencia que sugiere que los fumadores tienen comportamientos estratégicos ante los cambios en los precios de los cigarrillos relacionados con la intensidad, las presentaciones de los tipos de cigarrillos según su origen legal o ilegal, así como con los lugares en los que los adquieren. En este apartado, se aporta evidencia que señala que también existen diferentes comportamientos dadas características sociodemográficas de los individuos. Además, se muestra que existen grupos específicos que pueden estar siendo afectados de manera más importante por los cambios en los precios de los cigarrillos. En particular, las personas más jóvenes, las que tienen como ocupación principal las labores del hogar, las mujeres y los habitantes de zonas rurales parecen ser los mayormente afectados. Esto pone en perspectiva los objetivos de otras políticas públicas, ya que las tendencias generales esconden comportamientos que pueden poner en mayor grado de vulnerabilidad, en términos de salud, a grupos específicos cuya protección debería ser prioritaria.

Hipótesis 1.C.: Ideas

Una variable que aparece en la literatura identificada sobre los efectos de las intervenciones en mercados de bienes de consumo y que, en general, no se ha tenido en cuenta al hablar de la relación entre impuestos a los cigarrillos e incremento del contrabando, es el de las ideas socialmente aceptadas. En esta categoría tendrían que incluirse aspectos como la percepción social de esos impuestos, su legitimidad y la acción de estatal, así como la flexibilidad o rigidez en el cumplimiento de restricciones (o de incentivos) legalmente impuestos. De manera coloquial podría decirse que si los ciudadanos son más cumplidores de las reglas que se imponen y las consideran legítimas, es más difícil que surjan economías ilegales.

Como una aproximación a este asunto, en este documento, se señalan los resultados de la más reciente recolección de información (2018) de la *Encuesta Mundial de Valores* (WVS), del Latinobarómetro y de las preguntas relacionadas con este tema, contenidos en el estudio de la encuestadora INVAMER.

La evidencia presente en la WVS es mixta. De un lado, los colombianos encuestados parecen mostrar indiferencia frente a los asuntos políticos puesto que solo el 19.6% de ellos consideran la política como algo muy importante en sus vidas, en comparación con un 80.7% al hacer referencia a la familia y un 38.5% a los amigos. En el mismo sentido, los niveles de desconfianza frente al gobierno y de percepción de corrupción son altísimos. Más del 88% no confían en nada o no mucho en el gobierno y el 82% considera que la corrupción en Colombia es abundante.

Del otro lado, sin embargo, al menos en abstracto, los colombianos encuestados apuntan a ver como legítima la acción estatal. El 87.5% considera el respeto a la autoridad como algo bueno. A su vez, casi el 50% ve como nunca justificable acceder a servicios del gobierno sin tener las condiciones para ello y el 73.2% lo hace en relación con el mentir en el pago de impuestos así tenga la oportunidad de hacerlo. Por su parte, a pesar de la percepción de corrupción rampante, el 55% considera que las personas del común nunca o rara vez deben pagar mordidas o sobornos, mientras que casi el 45% considera que esto pasa siempre o de manera frecuente.

Estos resultados no son consistentes. Esto puede deberse a que las personas, cuando se les hacen ese tipo de preguntas en abstracto, señalan lo que creen el encuestador está esperando o a que hay una exteriorización de culpas: los corruptos, por ejemplo, son los funcionarios o “políticos”, mientras que los ciudadanos no lo son en igual medida.

La encuesta de 2018 del *Latinobarómetro* apunta a ambas explicaciones. A la pregunta sobre si algún grado de corrupción es tolerable en tanto se solucionen los problemas, el 60% de los encuestados se muestra en desacuerdo o muy en desacuerdo. En el mismo sentido, el 76% se muestra ya sea de acuerdo o muy de acuerdo con la afirmación de que, en caso de no denunciar un acto de corrupción, la persona se convierte en cómplice. Adicionalmente, los encuestados consideran como corruptas casi todas las organizaciones de la sociedad. El 47% considera que todos o casi todos los presidentes son corruptos; el 53% al referirse a los parlamentarios; el 40% respecto de los jueces; el 39% respecto de la Policía; el 40% cuando se habla de los funcionarios públicos y el 35% cuando la pregunta se refiere a las entidades de administración de impuestos. Los menores resultados en las mismas categorías se encuentran cuando se hace referencia a empresarios (28%) y líderes religiosos (29%). Llama la atención que ante la pregunta sobre si es mejor quedarse callado cuando se conoce de un acto de corrupción, las respuestas son mixtas: el 30% de los encuestados está de acuerdo y el mismo porcentaje lo está en desacuerdo. Esto último puede reflejar temores adicionales sobre el funcionamiento del sistema de justicia o sobre la situación de violencia en el país.

Independientemente de las razones de estos resultados, lo cierto es que, a partir de estas fuentes, no es posible llegar a una conclusión específica respecto de la hipótesis planteada, según la cual el conjunto de ideas compartidas socialmente son un impedimento o un aliciente para que mayores impuestos a los cigarrillos no solo logren su objetivo, sino que lo hagan sin estimular economías ilegales. Sin embargo, la encuesta de INVAMER contiene tres preguntas que pueden ayudar a plantear la base de esta discusión. No obstante, se debe ser cauteloso ante cualquier afirmación puesto que, a diferencia de muchas de los datos evaluados previamente, estas preguntas solo se hacen desde 2016; además, las respuestas no presentan variación entre los años.

En una primera pregunta, las personas dicen si saben o no que los productores e importadores de cigarrillos pagan impuestos. A esto, en promedio desde 2016, el 56% de los encuestados afirma saberlo. La segunda pregunta es sobre los destinos de esos impuestos. De las que respondieron sí en la anterior pregunta, las personas indican si saben que ellos son usados en salud, recreación y deporte. Acá, la respuesta positiva se incrementa a un 61%. A pesar de lo anterior, ante una tercera pregunta sobre si, por lo anterior, las personas estarían dispuestas a pagar más por los cigarrillos que consumen, el 66% responde que no.

Respecto de las diferencias demográficas y de otras características, solo se observaron los resultados de 2019. En este caso, para la tercera pregunta el porcentaje de personas que no están dispuestas a pagar más es del 68%. Si bien no hay diferencias muy amplias entre grupos sociales, las mayorías que afirman no estar dispuestas a pagar más por los cigarrillos que consumen (así sea por mayores impuestos con objetivos adecuados desde un punto de vista social) tienen características ya recurrentes en la evidencia explorada:

- Desde el punto de vista del género, las mujeres están menos dispuestas a pagar por ello con un 75%.

- Desde el punto de vista del rango de edad, las negativas más amplias se encuentran entre los jóvenes de 25 a 34 años (70%) y los más adultos, de entre 55 a 64 años (74%).
- Desde el punto de vista socioeconómico, el 70% no está dispuesto en el estrato 3.
- En las zonas rurales el 70% responde negativamente frente a esta cuestión.

De igual manera, se puede establecer un escalafón de los departamentos en los que más personas manifiestan su no disposición a asumir mayores precios:

Primer puesto: Chocó, con 97%

Segundo puesto: Tolima, con 87%

Tercer puesto: San Andrés, con 85%

Cuarto puesto: Caldas, con 81%

Quinto puesto: compartido, con un 80%, entre Nariño y Córdoba.

Vale la pena resaltar de manera muy enfática que lo anterior no se trata de hacer un ejercicio de señalamiento o reproche. No se trata de identificar quiénes siguen las reglas y quiénes no. Como se menciona, al fin y al cabo, al mirar por cada categoría, los resultados son muy similares, excepto si el criterio de clasificación es la unidad territorial.

El objetivo de este apartado es otro. Como se mencionó desde el principio de este documento, cualquier política pública se hace en contextos específicos, no es un pizarrón en blanco. Las decisiones que toman los gobiernos tienen efectos (incluidas las consecuencias no anticipadas), precisamente por ello. Esto explica por qué la visión lineal de medios-fines es tan difícil de establecer en el mundo complejo de lo social. Esto implica que cualquier decisión no puede establecerse desde el “deber ser” (las personas deberían no adquirir productos de contrabando), sino de las respuestas a las intervenciones que hace el gobierno.

En este caso, no se puede hablar de evidencia. No es suficiente la información acá proporcionada. Sin embargo, sí se puede apuntar a algunos elementos que se deben tener en cuenta en cualquier decisión futura. Un mayor conocimiento de las ideas compartidas socialmente no solo actúa como limitante en la acción del gobierno, sino que es el insumo básico para cualquier decisión.

Hipótesis 2: Comportamiento del lado de la oferta

En la primera hipótesis se aporta evidencia que hace pensar que los fumadores incurren en cambios estratégicos, a partir de sus características sociodemográficas y de las ideas en las que creen, en sus hábitos de consumo. Dentro de estos, claro está, una opción es que decidan dejar de fumar. No obstante, los datos apuntan a que siguen haciéndolo, adaptándose a los nuevos precios, producto de la imposición de impuestos más altos. También se hace evidente que esos nuevos impuestos no necesariamente evitan que nuevas personas decidan iniciar el consumo.

En este apartado, se muestra la evidencia en torno a la oferta de cigarrillos. Una primera observación llevaría a pensar que el análisis tendría que hacerse desde el punto de vista de la empresa, pero los datos sugieren la necesidad de hacerlo a partir de lo observado en el nivel de las marcas. Esto, debido a que los consumidores no necesariamente toman sus decisiones a partir de quién produce los cigarrillos que prefieren, sino que lo hacen a partir de la marca que suelen utilizar.

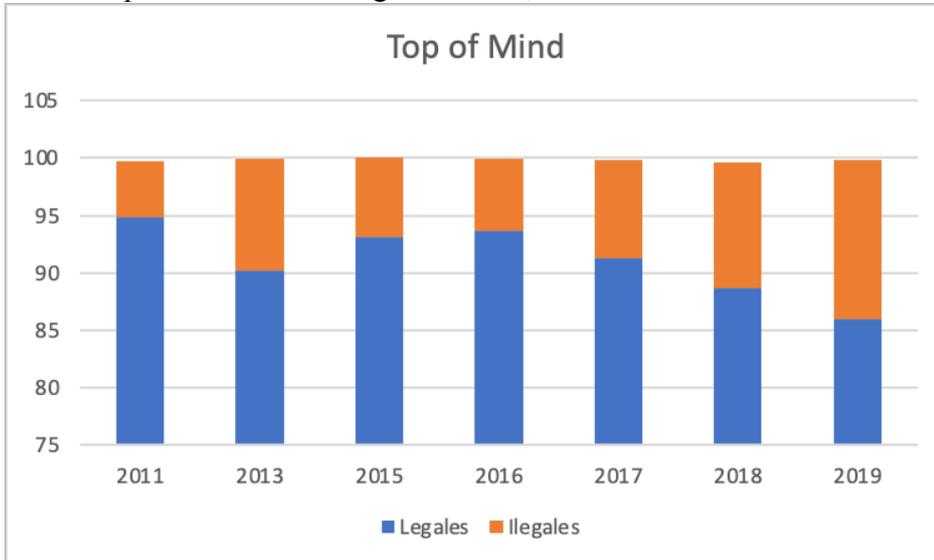
El estudio de Invamer muestra las tendencias de 27 marcas de origen legal y de 65 de origen ilegal. Esto implica que existe un alto nivel de competencia en el mercado de los cigarrillos en Colombia. Así, la suposición del estudio de la Fundación Anáas sobre la capacidad de control de precios de manera directa por parte de las compañías de cigarrillos tendría que matizarse o, al menos, demostrarse. En particular, cuando se observan los datos de la marca frecuente de los encuestados, el nivel de competencia se reduce para los cigarrillos de ambos orígenes. No obstante, existe una pequeña diferencia: mientras que los en los cigarrillos de origen legal, un poco más del 28% de las marcas no reciben ninguna mención o muy pocas en toda la serie de tiempo; el porcentaje para las ilegales se incrementa a un 33%. Estos son elementos, así como la disponibilidad de otras opciones, que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar el grado de competencia de un mercado específico.

Dentro de la encuesta se encuentran tres categorías de preguntas que son de utilidad en este apartado. La primera de ellas responde al reconocimiento de las marcas entre los consumidores. De cierta manera, esto permite identificar el grado de penetración de marcas específicas y qué tan acostumbrados están los consumidores a ellas. La segunda tiene que ver con los patrones de consumo frente a las marcas. ¿Qué tanta lealtad existe por parte de los consumidores? ¿Dónde las adquieren? ¿Cuáles son más sustituibles por otras? La

tercera categoría tiene que ver con los precios a los que se adquieren las diferentes marcas y sus tendencias en el tiempo.

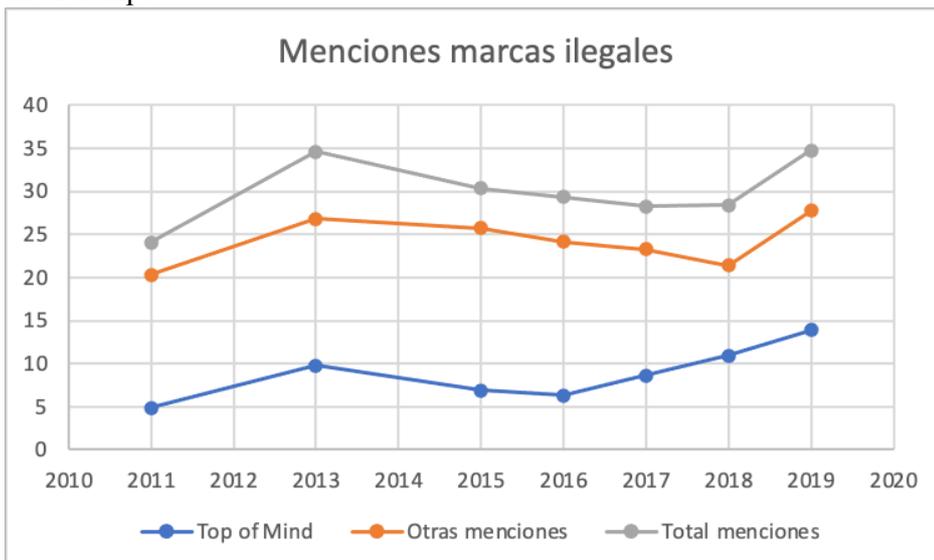
Reconocimiento de marcas

La encuesta de Invamer permite capturar la marca que más recuerdan los consumidores (*top of mind*), así como las otras que mencionan. De igual manera, no solo mide el conocimiento espontáneo sino también el sugerido.

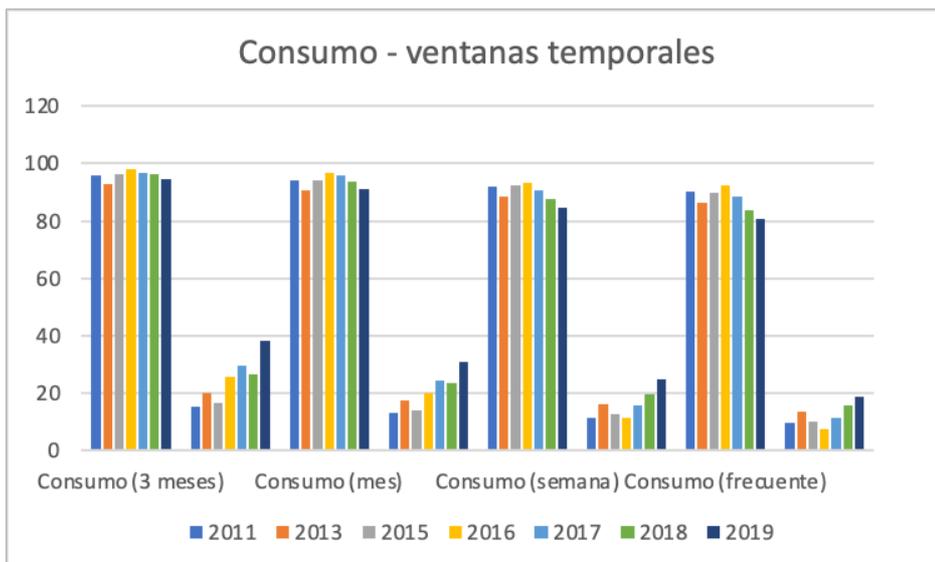


En la anterior gráfica, se muestran las tendencias de la primera mención que hacen los consumidores sobre las marcas que conocen (*top of mind*). Más allá de una mención mayoritaria en todo el periodo de las marcas de origen legal (el lector debe fijarse que el conteo comienza en el 75% de las menciones, lo que implica que las legales son las más mencionadas, en todos los años de la encuesta, al menos por el 75% de los encuestados), llama la atención el incremento que tienen las de origen ilegal. Si bien existe una mayor mención en la muestra de 2013, desde 2017 se observa una creciente mención de marcas de origen ilegal.

Esta dinámica lleva a profundizar en las dinámicas de las marcas de origen ilegal. En el siguiente gráfico, se muestra la tendencia de todo tipo de mención para este tipo de marcas. Como se puede observar, las menciones totales se han incrementado desde 2017, mientras que las otras menciones lo hacen entre 2018 y 2019. Es necesario hacerle seguimiento a esta variable con el fin de establecer si la tendencia acá capturada se mantiene en el tiempo.



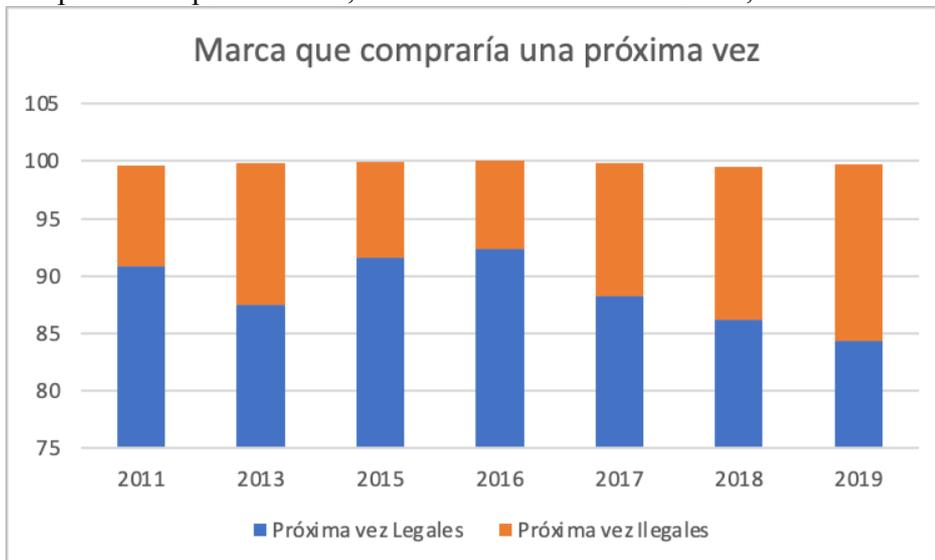
Una cosa son las menciones y otra es el consumo. En la siguiente gráfica, se muestran las tendencias a la pregunta sobre el consumo que haya tenido el encuestado en los últimos tres meses, el último mes, los últimos 7 días y cuál marca consume de manera frecuente.



No solo las menciones, sino también el consumo muestra una tendencia mayoritaria a adquirir cigarrillos de origen legal. No obstante, debe notarse que, entre más reciente sea el periodo de pregunta, así como el hábito, la proporción de personas que afirman adquirir cigarrillos dese tipo, se disminuye. Por su parte, el consumo de cigarrillos de origen ilegal muestra un incremento, por lo menos, desde 2017.

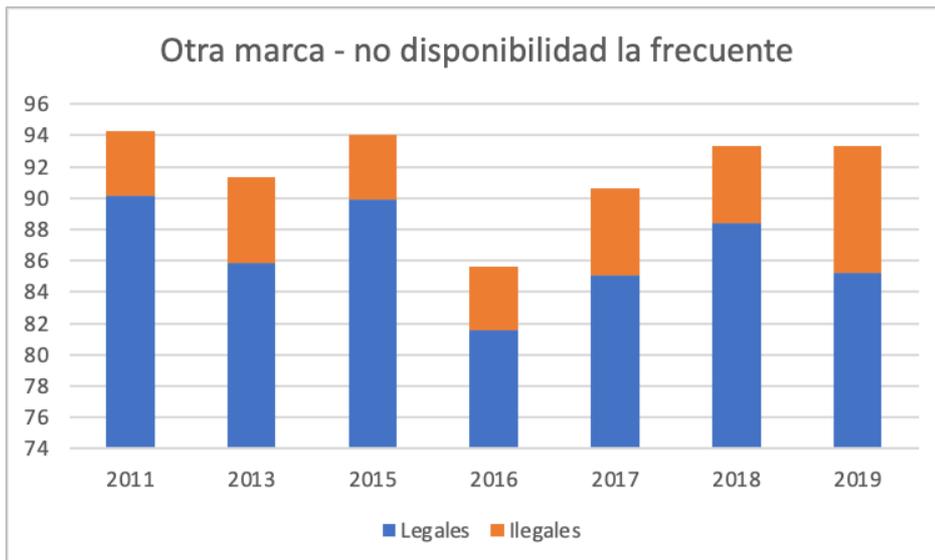
Debido a que la reducción en la proporción del consumo de cigarrillos legales es casi la misma que el incremento en el consumo de los ilegales, se podría pensar que acá no hay una reducción en el número de fumadores, sino un paso del consumo de cigarrillos legales a los ilegales.

La penetración de marcas de origen ilegal no parece ser una cuestión pasajera. A la pregunta sobre qué marca compraría una próxima vez, las tendencias antes mostradas, vuelven a observarse:



Patrones de consumo

Una primera aproximación al tipo de relación que establecen los fumadores con las marcas disponibles en el mercado tiene que ver con la facilidad o no que tiene el fumador para reemplazar la marca a la que está habituado. La encuesta captura esto con una pregunta sobre el caso hipotético en el que, si la persona va a comprar los cigarrillos de costumbre y estos no están disponibles, cuál otra marca adquiriría. De manera general, los resultados a esta pregunta se muestran a continuación:



Si bien acá no se observa de manera tan clara en términos de tendencia ni de magnitud lo observado con anterioridad, sí se presenta un incremento en la intencionalidad de adquirir cigarrillos de origen ilegal, por parte de los compradores, entre 2018 y 2019.

Vale la pena detenerse un poco en esta pregunta. En los datos de la encuesta de 2019, se puede establecer, de los consumidores de cada marca de cigarrillos, qué otras marcas preferirían en el caso hipotético. En este sentido, vale la pena señalar que existe un poco más de “lealtad” entre los consumidores de cigarrillos legales. El 100% de los fumadores de 10 marcas (de un total de 25 legales), afirman que comprarían otra marca también de origen legal. Por su parte, dentro de los cigarrillos de origen ilegal, de un total de 37 marcas mencionadas, tan solo en 11 de los casos el 100% de los consumidores preferirían otras marcas también de origen ilegal. En promedio, de las marcas legales, el 92% de los encuestados adquiriría otra marca legal, con un coeficiente de variación de un poco más del 10%. Por su parte, dentro de las ilegales, ese promedio se reduce a un 74%, con un coeficiente de variación del 31%.

Si se profundiza un poco más en el perfil de quienes deciden reemplazar su marca habitual por otra, de origen ilegal, se obtienen resultados ya familiares:

- Zonas rurales.
- Estratos 1 y 2.
- Personas de 45 años en adelante.
- De departamentos como el Cesar, La Guajira o Magdalena.
- Mientras que casi el 100% de los que fuman cigarrillos legales se mantendrían con cigarrillos del mismo origen, ese porcentaje tan solo es del 13% entre los que fuman cigarrillos ilegales.
- Desde el punto de vista histórico, la proporción de personas que preferiría una marca de origen legal se ha disminuido. De un máximo, en 2011, del 90%, en 2017, pasa a un 88%, a un 84% en 2018 y a un 81% en 2019.
- En este caso, no se presentan diferencias por sexo de los encuestados.

De este modo, los datos apuntan a que los consumidores prefieren cigarrillos de origen legal, pero una vez consumen los ilegales, se mantienen en esa categoría. Esto se relaciona, además, con los canales de distribución. En la encuesta de 2019, se identifica que los fumadores de cigarrillos de origen ilegal los adquieren, principalmente, en las tiendas de barrios (77%), el 8% en los minimercados, el 4% a vendedores ambulantes y un 3% más tanto en quioscos como en licorerías.

Precios

En este apartado, el último componente a analizar es el del comportamiento de los precios. Posteriormente, se profundizará e individualizarán las tendencias. Por lo pronto, se mostrarán las generales. En la encuesta, se establece qué tanto pagan los fumadores por sus cigarrillos (ya sea por las cajetillas de 10 o de 20 cigarrillos), a partir de 6 categorías: 1. \$ 500 a 1000; 2. \$ 1001 a 1500; 3. \$ 1501 a 2000; 4. \$ 2001 a 2500; 5. \$ 2501 a 3000; 6. Más de \$ 3000.

En el agregado para 2019, cerca del 90% de los fumadores se ubica en la última categoría, con un precio promedio de \$6.057 por cajetilla. No obstante, existen algunas diferencias que reiteran las observaciones ya hechas hasta este punto. Primero, en relación con los promedios. La única categoría que no arroja diferencias significativas entre clasificaciones es la de sexo de los encuestados. Las demás presentan brechas: las zonas rurales pagan, en promedio, menos por los cigarrillos (\$5.689), que los ciudadanos de las ciudades (\$6.158). Como es de esperarse, entre mayor sea el estrato, mayor es el precio promedio que pagan los fumadores en él. Una observación que llama la atención es que, a diferencia de lo que podría pensarse, el precio promedio de los cigarrillos disminuye con la edad, como se muestra en la siguiente tabla.

Edad y precios cigarrillos	
18 a 24	\$6,663.8
25 a 34	\$6,469.6
35 a 44	\$5,941.3
45 a 54	\$5,576.7
55 a 64	\$5,430.6

Esto no solo ratifica las características que se han identificado previamente, sino que permite pensar que puede existir, como señala la literatura, algún tipo de adaptación intertemporal, en la que los más jóvenes no necesariamente se ven disuadidos para iniciar el consumo, como resultado de la existencia de impuestos, debido a que ellos ya internalizan los precios existentes como dados.

Las mayores diferencias en precios promedio se presentan en el nivel territorial. A continuación, se muestran los resultados para todos los territorios.



Las mayores diferencias en precios promedios se encuentran en la clasificación por origen de los cigarrillos. Mientras que los legales tienen un promedio de \$6.670, las ilegales alcanzan uno de \$3.827, un poco más del 50% del precio de los cigarrillos legales. A su vez, mientras el 98% de los encuestados que fuma cigarrillos legales afirma comprarlos por más de \$3.000, la distribución está mucho menos concentrada en el caso de los ilegales. Allí, en esta categoría se ubica tan solo el 55% de los fumadores. Un 33% adquiere sus cigarrillos con un precio de entre \$2.501 y \$3.000; el 7% por entre \$2001 y \$2500; y un 4% por entre \$1.501 y \$2.000.

Lo anterior, con un incremento sustancial en los precios promedio para toda la muestra año, tras año. Mientras que, en 2011, el precio promedio se ubicó en \$2.781, en 2017, este alcanzó los \$4.607 y, para 2019, el precio llegó a \$6.057. Es decir, un poco más de 2 veces el precio en el inicio de la serie.

Estos datos apuntan a dos cosas. Primero, como se ha mostrado en este apartado, a la diversidad en el mercado de cigarrillos y a la disponibilidad de precios diferenciales, según características socioeconómicas, pero, sobre todo, en las territoriales. Segundo, a la incapacidad de las medidas tributarias de generar un efecto uniforme en

el mercado, generando un espacio de ganancias extraordinarias para los cigarrillos de origen ilegal, aspecto sobre el que se volverá posteriormente.

Así, se observa que existen dinámicas del lado de la oferta de cigarrillos que favorecen no solo la penetración, sino la persistencia de un mercado ilegal que, a todas luces, está creciendo. En futuras investigaciones, es necesario observar si las tendencias acá identificadas se mantienen y la extensión que alcanzan. El fenómeno, además, se ve facilitado por las tendencias en la capacidad de la aplicación de la ley anticontrabando. En el siguiente apartado se aportará la evidencia en este sentido.

Hipótesis 3: forma desigual de aplicación

En el apartado de revisión de literatura, se mostró la importancia de la existencia de alternativas al mercado tradicional en los efectos de las medidas tributarias de los denominados impuestos saludables. Allí se señaló que opciones como el comercio electrónico de cigarrillos y la existencia de falsificaciones han demostrado ser formas a través de las cuales los fumadores intentan no verse tan afectados en su consumo habitual. En el caso colombiano, un factor determinante es la existencia de mercados ilegales, representados en el contrabando. Debido a su carácter internacional, es necesario incluir en el análisis la denominada ley anticontrabando, sobre la que se resaltaron algunos elementos en la descripción del contexto institucional de este documento.

En este apartado, se mostrará la evidencia relacionada con la aplicación de esta ley, a partir de los datos proporcionados sobre incautaciones (en valor y cantidades) de cigarrillos de contrabando, contrastando estos datos con los de incidencia del consumo de cigarrillos ilegales. Las series de datos con las que se cuenta son muy reducidas. Por ello, la evidencia que se aporta es, en el plano nacional, entre 2015 y 2019; y desagregado por departamentos solo para el año 2019, con una comparación con el año 2018.

El objetivo de esta evidencia es mostrar que, a pesar de la existencia de la ley anti-contrabando, esta no tiene un efecto determinante en la inhibición de la disponibilidad de cigarrillos ilegales en el país, entre otras, por las dificultades en su aplicación que fueron señaladas anteriormente.

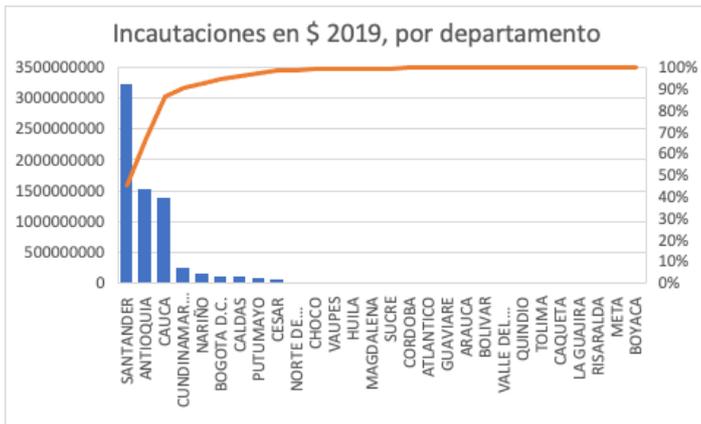
Comportamiento en el plano local – departamentos

Los datos de incautaciones de cigarrillos de contrabando por departamento se analizan solo para el año 2019, con el fin de contrastarlo con los datos que, para ese año, indica la encuesta de Invamer sobre penetración del consumo de ese tipo de cigarrillos en la misma unidad de análisis.

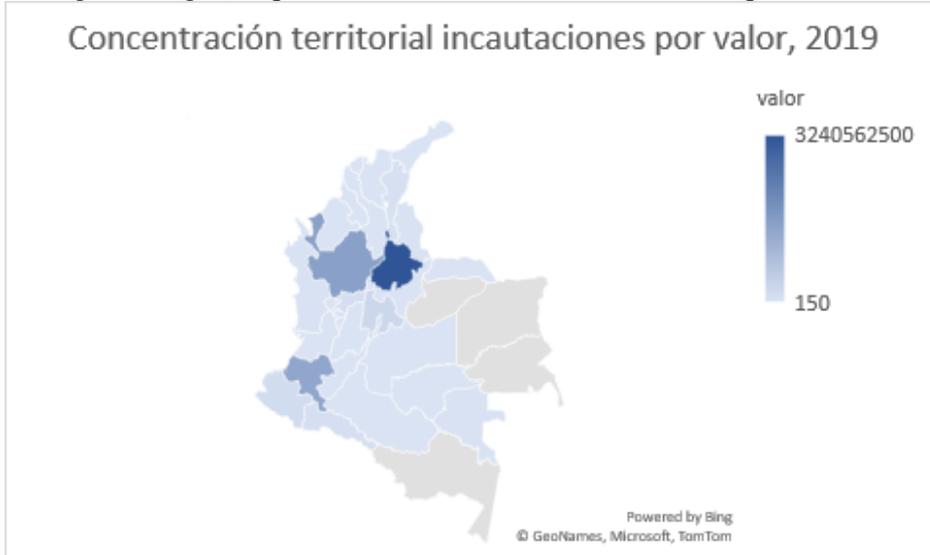
A pesar de contar con la mayoría de las entidades territoriales, algunas fueron excluidas del análisis: Amazonas y San Andrés, debido a que no indicaron datos de incautaciones para el año 2019; y Casanare y Guainía, debido a que no se encuentran en la encuesta de Invamer. Vale la pena señalar que el valor de incautación para el año 2019 no superaba los 8 millones de pesos entre las dos unidades, por lo que su exclusión no afecta de manera relevante los datos generales.

En efecto, el total nacional con las unidades restantes es de más de \$7.100 millones de pesos en 2019, con un promedio de más de \$254 millones por departamento. No obstante, este promedio esconde una altísima dispersión en los datos. El coeficiente de variación entre ellos es de 274%. Esto lleva a insistir en el hecho de que una ley nacional no necesariamente tiene el mismo grado de aplicación en todo el territorio. Ahora, esto puede deberse a diferencias entre los territorios no observables en este documento, ya sea en necesidades de aplicación o en las capacidades de hacerlo o, incluso, en las intenciones. Como se ve, este hecho, genera nuevas dudas que justifican futuras investigaciones en la existencia y puesta en marcha de instrumentos institucionales para enfrentar actividades criminales.

La dispersión en los datos se muestra de dos maneras en las siguientes gráficas. En primer lugar, se presenta una gráfica de Pareto. Como se puede observar, la mayoría del total de las incautaciones se concentra en muy pocas unidades territoriales (Santander, Antioquia y Cauca). El resto son marginales.



En segundo lugar, se puede observar la intensidad desde el punto de vista geográfico.



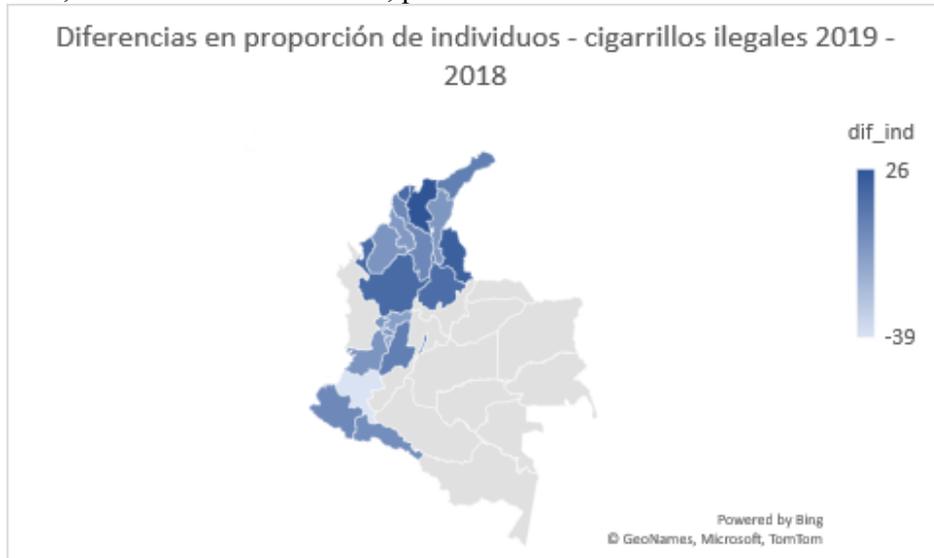
En el mapa anterior, se hace evidente la existencia de un patrón regional, relacionado, por un lado, con la presencia de grupos irregulares armados en el territorio nacional y, por el otro, con dinámicas conflictivas en zonas cercanas a las fronteras de países como Venezuela y Ecuador. Sobre estos casos, se han abordado investigaciones recientemente en el Instituto de Ciencia Política (Rico, Wiesner & Giraldo, 2019; Rico & Wiesner, 2018).

Si se observan los datos desde las cantidades de cigarrillos, el grado de dispersión se incrementa. En este caso, el coeficiente de variación supera el 300%, lo que implica que las cantidades incautadas también tienen muy altos niveles de concentración.

Esto también puede reflejar diferencias en la aplicación de la ley, producto de las causas que se mencionaron en párrafos anteriores. En este sentido, una mayor incautación no necesariamente demuestra que el fenómeno sea más grave en un territorio en particular, sino que puede reflejar otras realidades. De este modo, lo que se debe resaltar en este aspecto es el grado de dispersión en los datos, lo que refleja que no se puede asumir que exista una aplicación uniforme en todo el territorio nacional del instrumento institucional.

En la encuesta de Invamer, se estima la incidencia del consumo de cigarrillos de origen ilegal por departamento para el año 2019 y se compara con los datos del año 2018. Al incluir esos datos, las unidades territoriales con información integral se reducen a tan solo 19. Al establecer los cambios de proporción de consumo de cigarrillos ilegales, tanto por individuos como por cantidades de cigarrillos, se encuentran unas diferencias notables tanto en el agregado como en el interior de las categorías según los cambios identificados.

En el ámbito general, se observan tres grupos de unidades territoriales: las que incrementan la incidencia entre ambas mediciones (9), las que la reducen (9) y las que la mantienen igual (1). Con esto, se pueden hacer un par de conjeturas entre aplicación de la ley e incidencia de consumo de cigarrillos de origen ilegal: los comportamientos nacionales están explicados por muy pocos departamentos o algunos territorios son más proclives a internalizar las medidas y reducir así su consumo, mientras que otros no lo hacen. Como se puede observar en el siguiente mapa, lo extraño de este resultado se acentúa al observar el comportamiento territorial y notar que parece no existir ninguna racionalidad detrás que pueda explicarlo. Esto llevaría a pensar que, en este caso, las diferencias año a año, pueden deberse a un error de medición de la encuesta.



Otra forma de ver los datos fortalece esta última posibilidad. En el interior de las categorías, hay diferencias apreciables en los resultados año a año. Entre los que incrementan la incidencia, el mínimo incremento es del 2% y el máximo del 26%. Por su parte, la menor caída es en un -1% y la mayor de -46%. Entre los que más caen están los departamentos del Cauca y del Quindío. Por su parte, entre los que más aumentan están Magdalena, Norte de Santander, Santander, Atlántico y Antioquia. En ninguno de los casos se aporta el orden exacto.

No obstante, la mención se hace para señalar una asimetría importante en la información. Como se puede observar, dentro de los que más caen, parece no existir ningún tipo de relación ni de racionalidad detrás. No obstante, entre los que más incrementan, existe no solo cercanía territorial, sino incidencia de una mayor criminalidad.

Lo anterior hace necesario observar de manera sistemática y con datos las dinámicas desde el punto de vista territorial para establecer si los aparentes cambios son resultado de meros cambios en las muestras o si están señalando algo más. No obstante, como no se cuenta con la información suficiente para sacar esa conclusión, acá no se incluye la variable de cambio en el análisis de correlación entre los datos.

Debido a la muy alta correlación entre los datos de cantidades y valores (0.93), lo que es esperable y su distribución similar, el ejercicio de correlación se hizo con la variable de valor. Esta se contrastó con las variables de consumo porcentual por individuos y por cantidades en 2018 y 2019. Según los resultados, se podrían encontrar relaciones interesantes desde un punto de vista temporal. Desde el punto de vista metodológico, y atendiendo la concentración de datos, se estimaron las correlaciones con los datos de valores originales, aplicándoles logaritmo natural, con normalización estándar (números Z) y producto de la muestra (a cada observación se le resta el mínimo de la muestra y esto se divide por la resta de la máxima observación menos la mínima). Al final, se estimaron las correlaciones transformando la muestra, excluyendo los valores extremos. Primero, el máximo y el mínimo; luego, los tres máximos y los tres mínimos.

En todos los casos, excepto uno, las correlaciones halladas son muy bajas (entre 0.08 y 0.17), de signo negativo y mayores entre los datos de 2018 y las incautaciones. En el único caso en el que las correlaciones alcanzaron a ser cerca de 0.5 positivo es en el de la reducción de la muestra en 6 datos. Sin embargo, este tipo de manipulaciones estadísticas de los datos, aunque arrojen los resultados que se esperan, no deben confundirse

con el hallazgo de algo que esté indicando la “realidad”. Por ello, aunque se menciona, esto tendrá que corroborarse en futuras investigaciones.

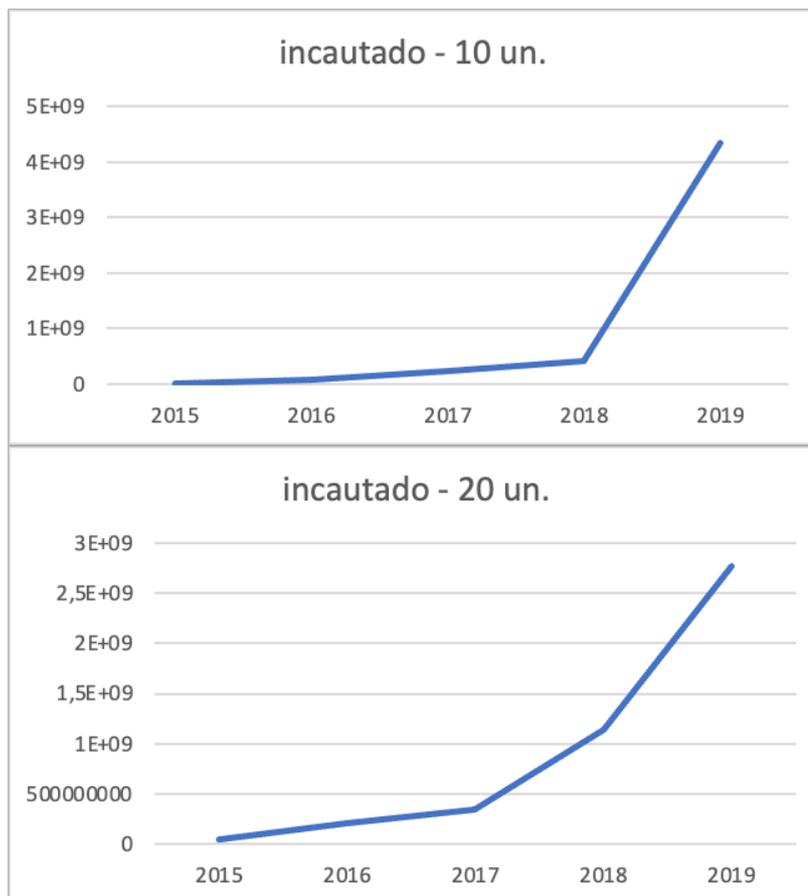
De este abordaje de la información se desprenden tres observaciones. Primero, parece no existir una relación tan clara entre incidencia del consumo de cigarrillos ilegales y mayores incautaciones. Segundo, en todos los casos, la limitada relación es negativa. Es decir, a más incautaciones, menos incidencia en el consumo. Tercero, es mayor cuando la incidencia en el consumo tiene un rezago de un periodo.

Como se ha insistido antes, esto no implica necesariamente relaciones de causalidad. Sin embargo, lo que se evidencia es:

- Una aplicación desigual, posiblemente de “camino aleatorio”, de la ley, con algunas particularidades en el ámbito territorial.
- Una relación débil entre la aplicación de la ley y la incidencia de consumo de cigarrillo ilegal en el ámbito local.
- La débil relación es negativa, aunque un poco más clara, cuando la incidencia de consumo está rezagada un periodo. Así las cosas, la aplicación de la ley anticontrabando parece no impedir la existencia de un mercado ilegal de cigarrillos, sino servir como instrumento reactivo de las autoridades cuando el fenómeno ya existe.

Tendencias anuales – datos nacionales

A continuación, se muestran las tendencias, entre 2015 y 2019, de incautación de cigarrillos, según el valor incautado, para ambas presentaciones (10 unidades y 20 unidades).



No solo en ambos casos, es evidente el incremento en las incautaciones, sino que también se ven reflejadas las preferencias de consumo que captura la encuesta de Invamer. Debe recordarse que, en dicha encuesta, las personas que manifestaron su preferencia por cigarrillos de origen ilegal consumían en una gran mayoría cigarrillos de presentación en 20 unidades. De esta manera, debe observarse que, no solo los datos de incautaciones de esta presentación son mayores, sino que la pendiente de incremento es mayor desde 2017.

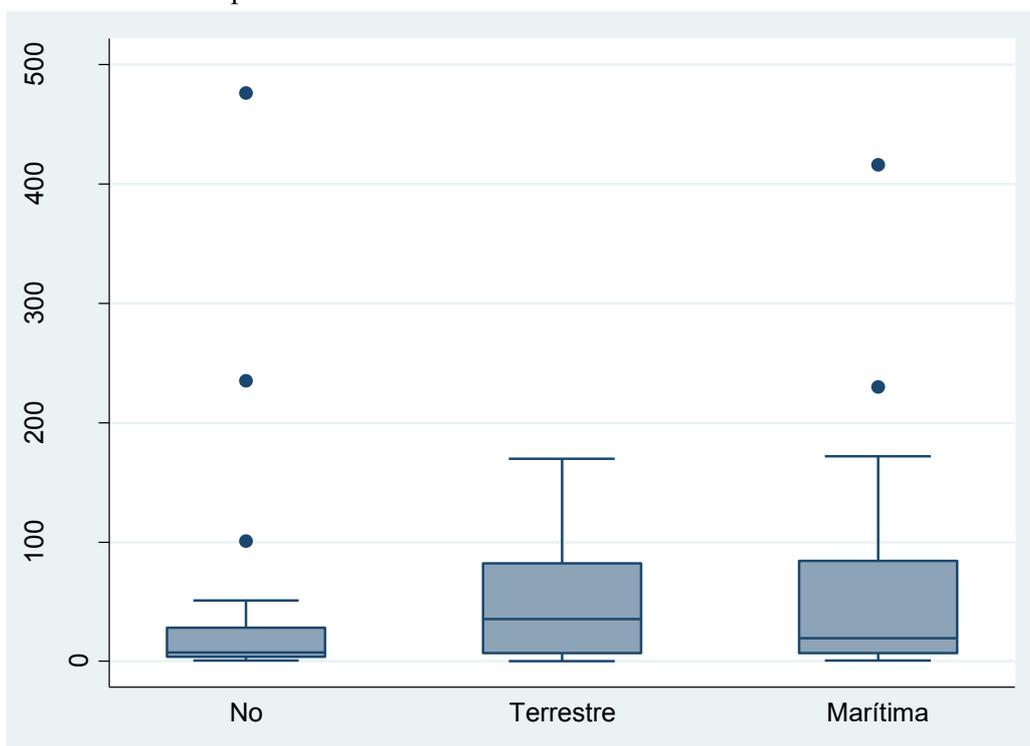
En el ámbito nacional, las correlaciones entre los datos de incautaciones (ya sea por valores o por cantidades) y los de incidencia de consumo de cigarrillos ilegales arrojan resultados de magnitudes muy apreciables. En todos los casos, los datos no sufrieron ninguna transformación. A pesar de ello, se alcanzaron correlaciones de 0.99 entre incautaciones por valor y el número de personas encuestadas que consumen cigarrillos de origen ilegal. Aunque en el caso de la presentación de 10 unidades las correlaciones son menores, también son muy altas (superiores a 0.8). En este sentido, se puede observar que las incautaciones sí parecen reflejar las tendencias en el consumo. No obstante, no es posible establecer el tipo de relación de causalidad, como parece existir. Esto se debe a que la observación surgió del análisis localizado de datos de 2019 y a que es posible pensar que las incautaciones se incrementan, no porque haya una mayor atención de parte de las autoridades, sino porque hay más cigarrillos ilegales entrando al mercado.

En los únicos casos en los que la correlación es baja (0.338, para 20 unidades, y -0.08 , para la de 10 unidades) es cuando se relacionan las variables de incautaciones por valor y la del porcentaje de consumidores de cigarrillos ilegales por presentación. Esto se explica, principalmente, por la estructura de los datos: la preferencia por presentación no varía de manera importante en el tiempo observado.

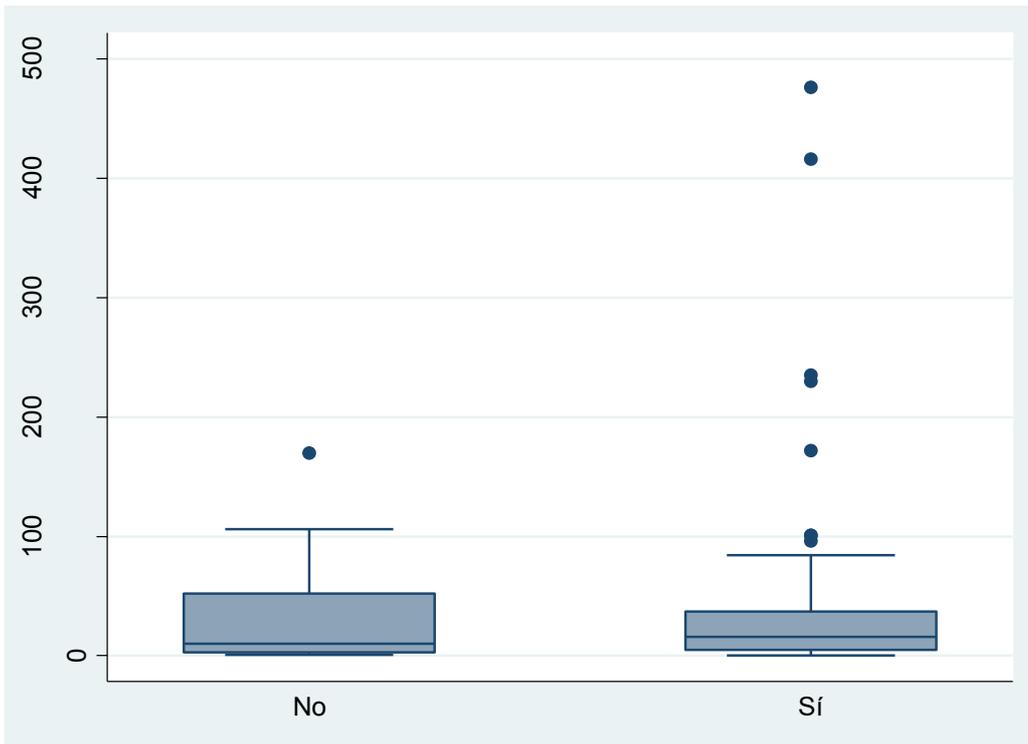
Incautaciones y detenciones por dirección seccional

Los datos de las seccionales de aduanas territoriales fueron clasificados tanto por el departamento en el que se encuentran, como por su carácter (si son ciudades capitales o no) y por su ubicación en relación con las fronteras (si es frontera terrestre, marítima o no es frontera).

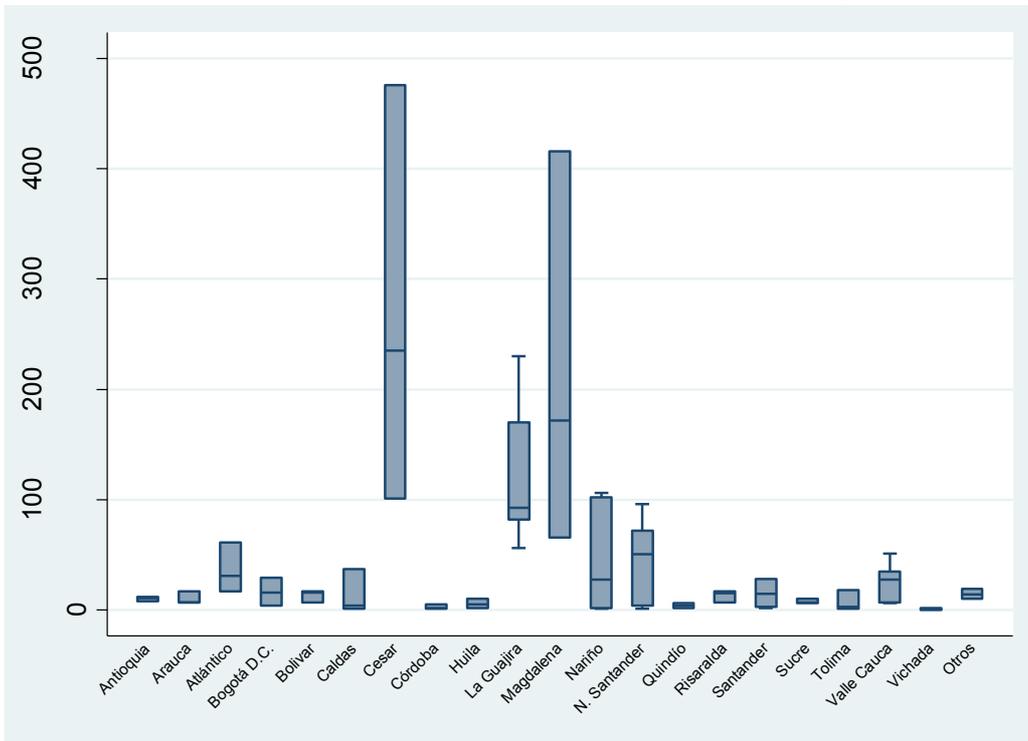
Según la ubicación de la seccional, se observa en la siguiente gráfica que el número de detenciones entre 2017 y 2019 es mayor para aquéllas ubicadas en zonas de frontera. Por su parte, si bien las seccionales de fronteras marítimas presentan mayores datos extremos, el promedio de detenciones es mayor en las zonas de fronteras terrestres, lo que ratifica la importancia de continuar el estudio sobre las redes de contrabando de cigarrillos en las zonas de este tipo.



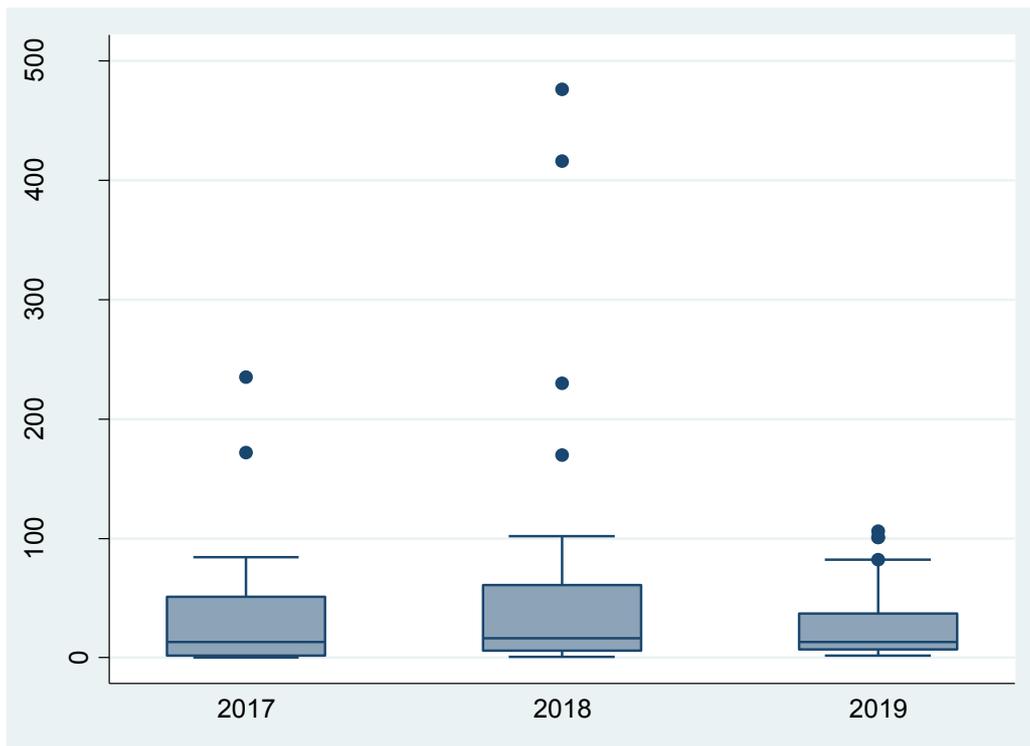
Otra característica que se observa es que el mayor número de detenciones se presenta en las seccionales que no son de ciudades capitales. Así, las dinámicas de contrabando presentan altos niveles de descentralización, lo que apoya la visión general sobre la necesidad de ejercer mayores controles para inhibir los flujos de contrabando.



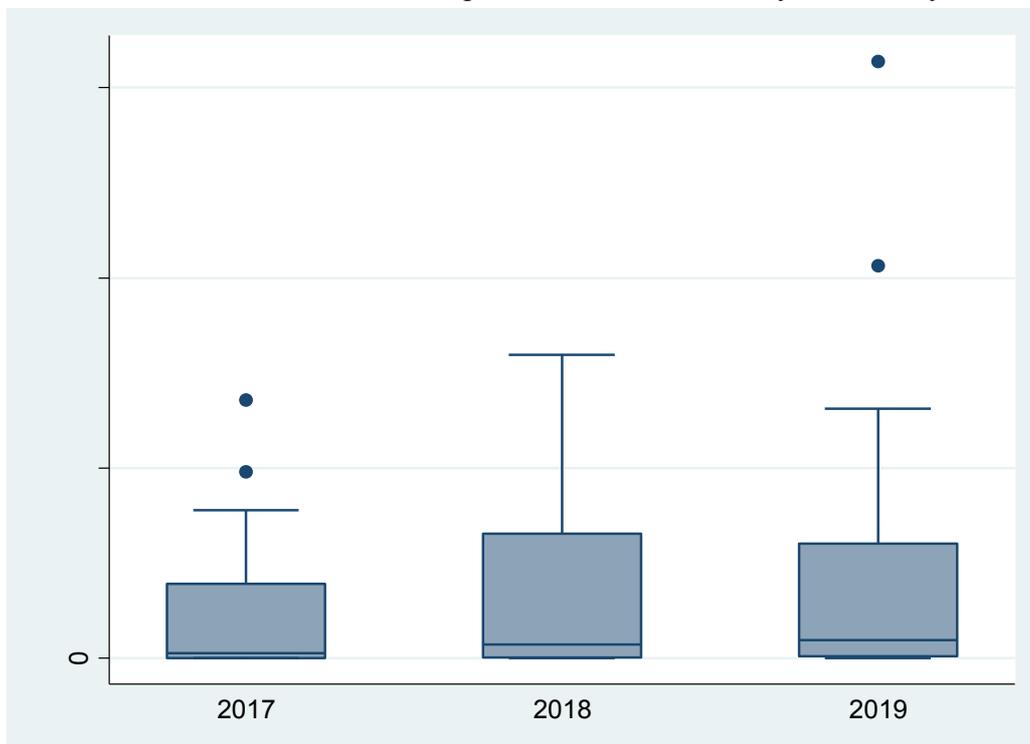
En relación con los departamentos, como se puede observar en la siguiente gráfica, el mayor número de detenciones está altamente concentrado en pocos territorios. Más importante aún es que algunos de ellos tienen, como se mostró antes, altos niveles de incidencia de consumo de cigarrillos de origen ilegal.



No obstante, las dificultades de la aplicación de la ley se hacen evidentes al observar que el número de detenciones parece no tener una tendencia clara entre los años en los que están disponibles los datos.

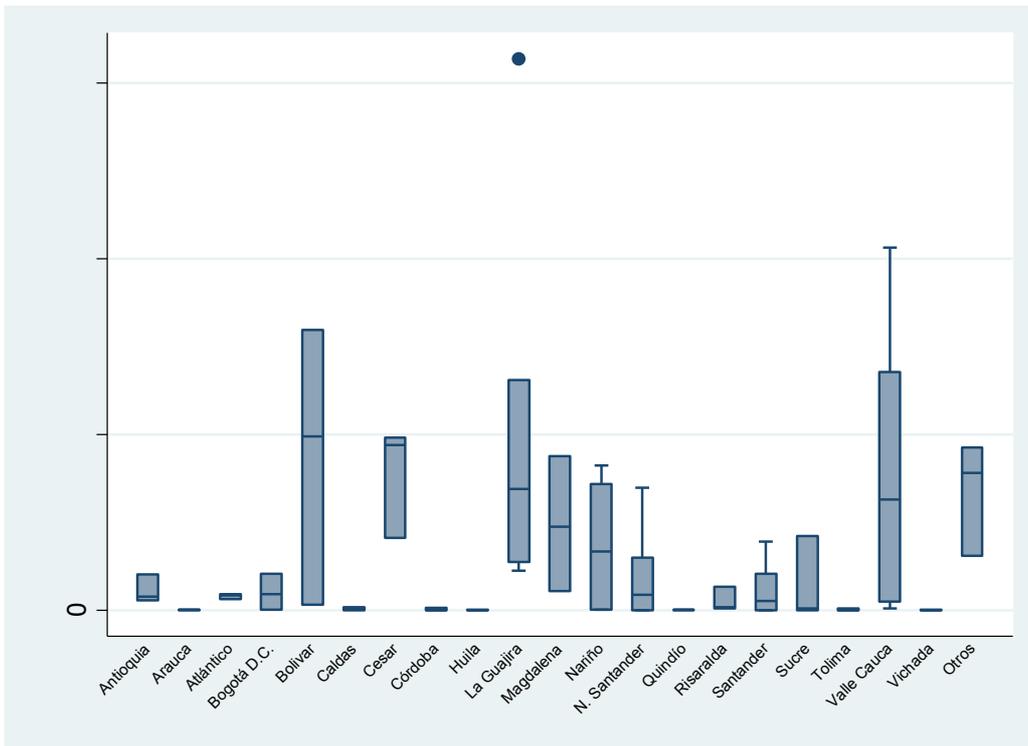


Algo similar sucede, si el criterio de análisis se centra en el nivel de los valores de cigarrillos incautados. Si bien existe un incremento considerable desde el año 2018, no se mantiene la tendencia creciente entre ese año y el 2019. No obstante, en este último, el promedio nacional es mayor, con muy altos niveles de dispersión.

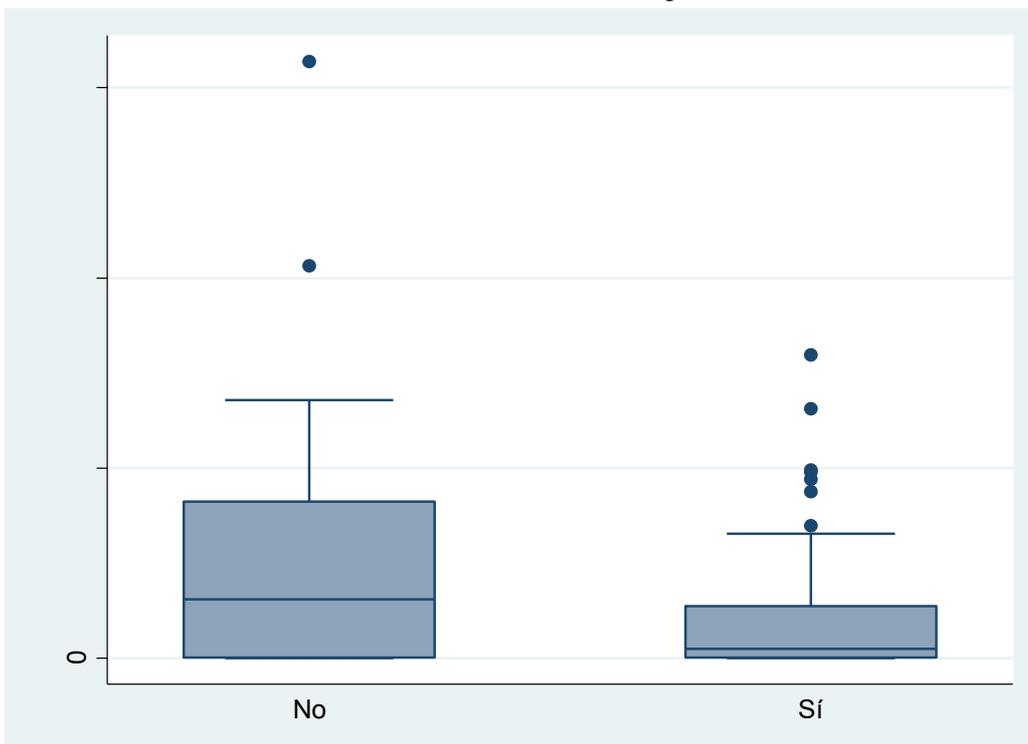


Al observar los comportamientos por departamento en los tres años, se encuentra una vez más una asociación entre los valores incautados y la incidencia de consumo de cigarrillos de origen ilegal⁶.

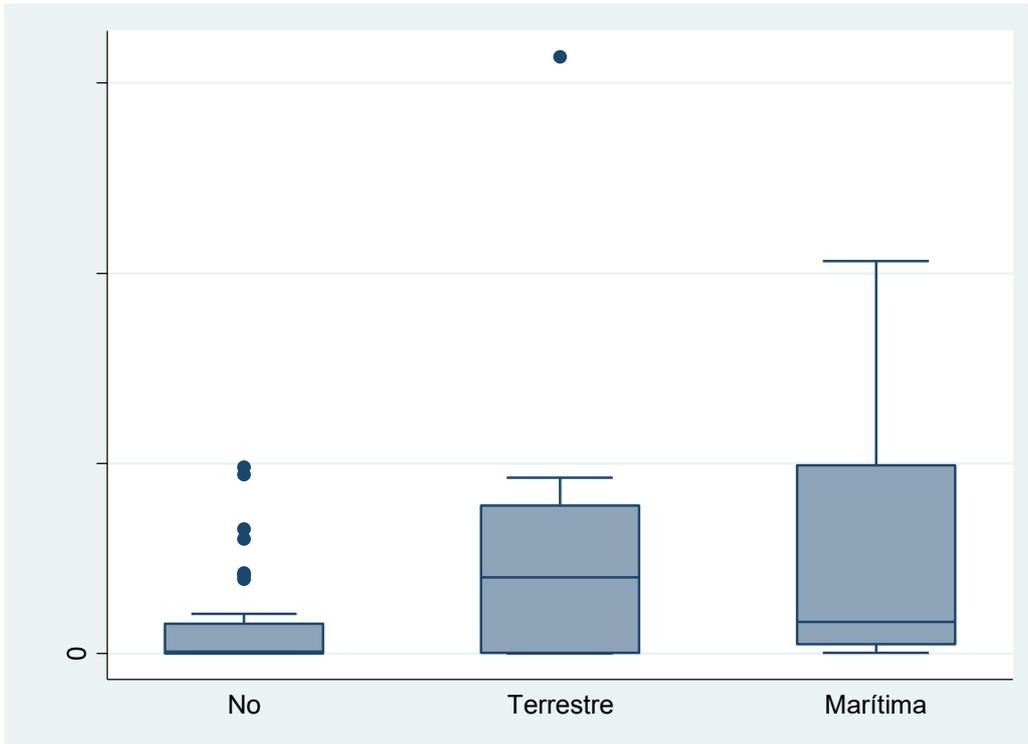
⁶ La categoría “Otros” en la clasificación de departamentos corresponde a la seccional de Urabá, ubicada entre tres departamentos.



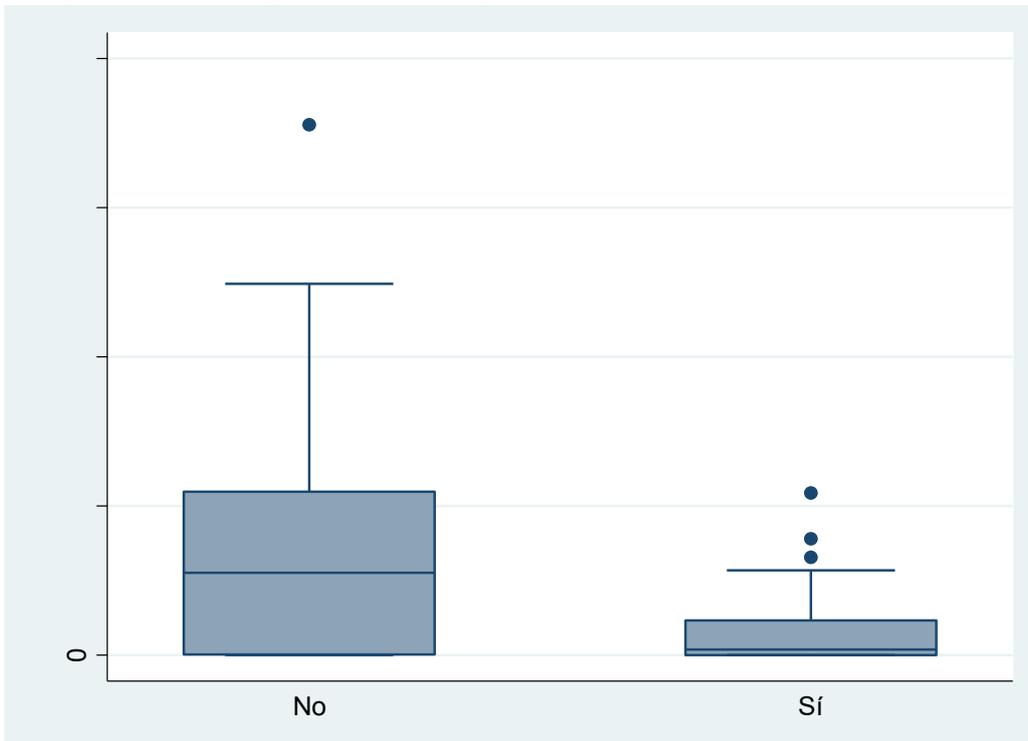
De igual manera, y como sucedió en el caso de las detenciones, es esperable que los mayores valores sean incautados en seccionales ubicados en ciudades no capitales.



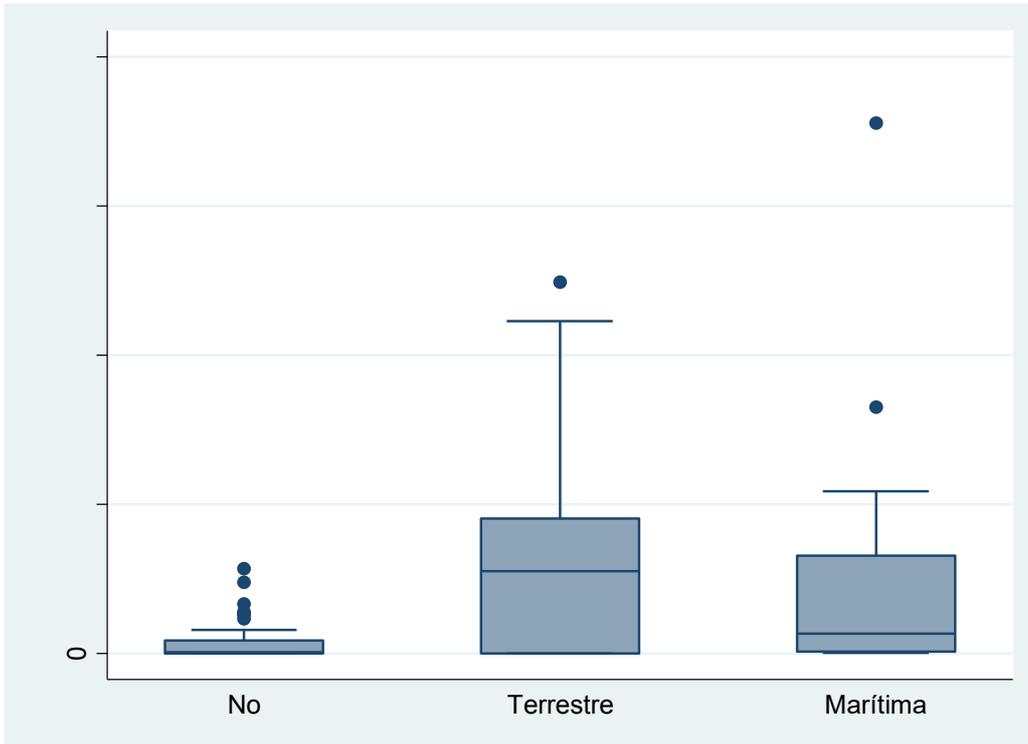
Desde el punto de vista del carácter o no de frontera, se encuentra nuevamente que las mayores incautaciones ocurren en zonas de frontera. Llama la atención que, en este caso, los mayores valores se presentan en las fronteras marítimas, aunque el promedio es mayor en las fronteras terrestres.



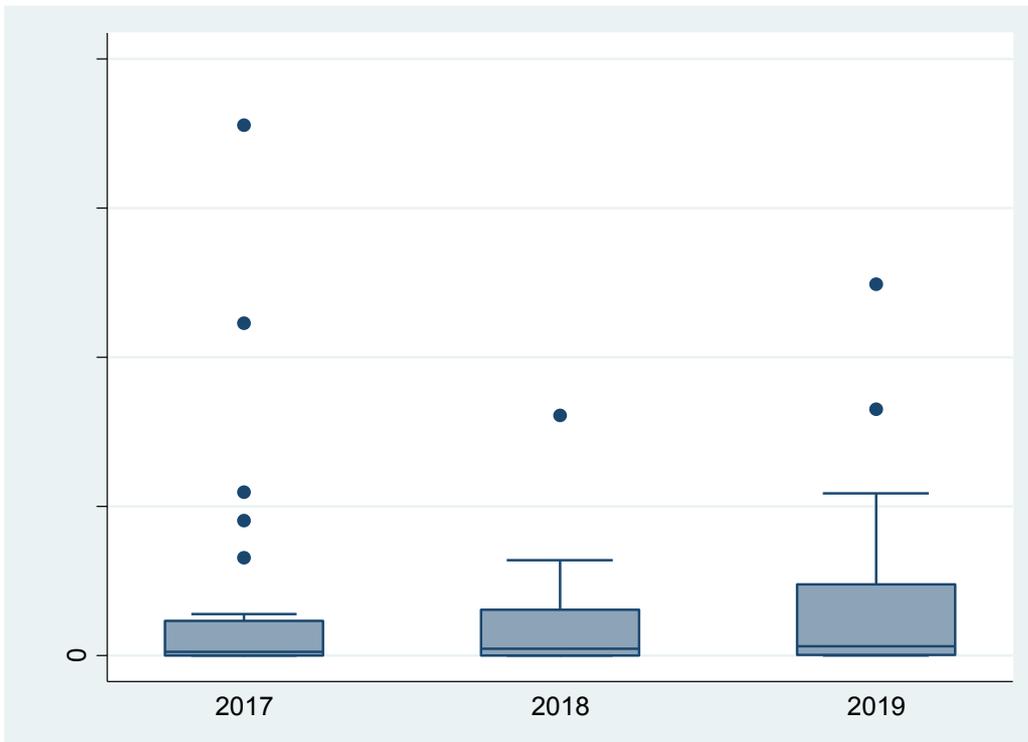
Si el criterio de análisis es el de las cantidades incautadas, los resultados son similares a los anteriores. En el análisis de las diferencias entre seccionales capitales y las que no lo son, se observa nuevamente que es en zonas no capitales donde se presentan las mayores incautaciones.



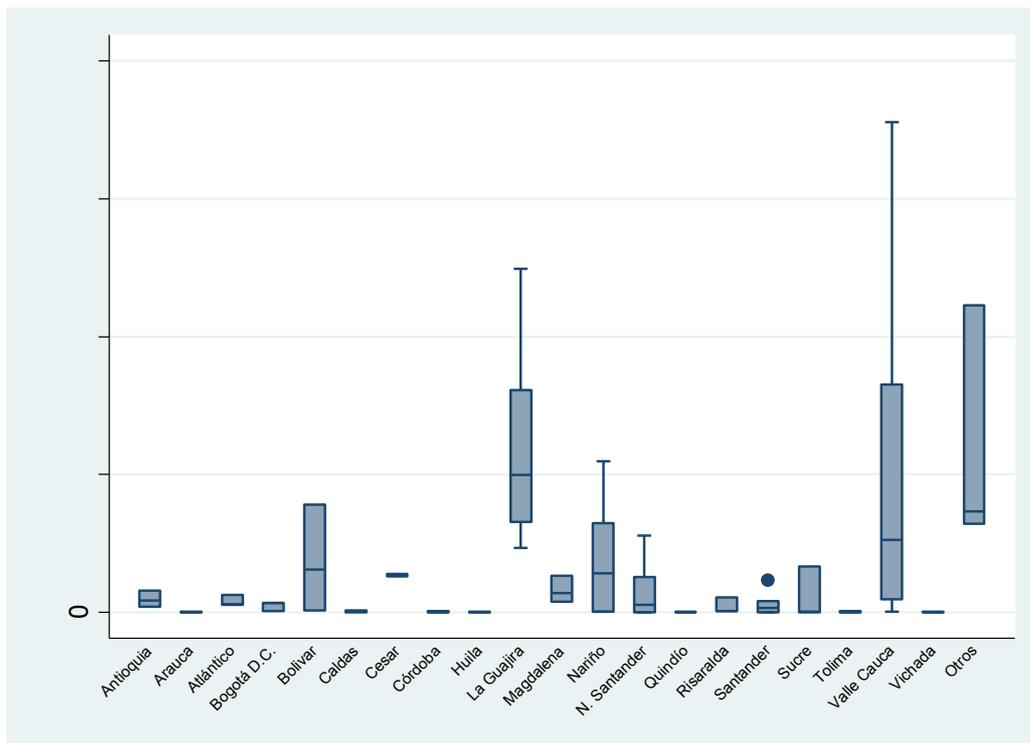
No obstante, existen algunas dinámicas diferentes en los otros casos. Desde la clasificación de fronteras, es indiscutible que, en este caso, las mayores incautaciones se han presentado en las fronteras terrestres.



Por su parte, desde el punto de vista histórico, existe una tendencia creciente, siendo el 2019 el año con las mayores cantidades totales incautadas, aunque el año 2017 tiene más observaciones extremas. Esto podría indicar una actividad de incautación por parte de todas las seccionales como resultado de intentos más coordinados de aplicar la ley y de perseguir el contrabando o una mayor necesidad de hacerlo.



La evidencia, por departamento, apuntaría a la segunda opción. Como se puede observar en la siguiente gráfica, el nivel de concentración es mucho mayor en este caso.



Las correlaciones del panel de datos construido se muestran en la siguiente tabla.

	Detención	Valor	Cantidad	Ilegal ind 18	Ilegal cant 18	Ilegal ind 19	Ilegal cant 19
Detención	1						
Valor	0.34	1					
Cantidad	0.15	0.78	1				
Ilegal ind 18	0.52	0.34	0.22	1			
Ilegal cant 18	0.49	0.32	0.19	0.99	1		
Ilegal ind 19	0.51	0.29	0.16	0.93	0.94	1	
Ilegal cant 19	0.47	0.26	0.13	0.91	0.93	0.99	1

En azul se resaltan las correlaciones entre los tres datos de incautaciones. Como se puede observar, en el agregado, la relación entre los tres es muy baja, exceptuando la existente entre cantidad y valor. Esto tiene sentido porque entre más cigarrillos incautados, mayor es el valor. No obstante, incluso esa relación es baja para lo que podría esperarse. En lo referente a las detenciones, la relación es muy baja. Esto refleja en parte lo afirmado en algunos de los encuentros con expertos y representantes de la industria durante el proceso de investigación que señalaron las dificultades que presenta la ley para garantizar la captura efectiva de quienes participan en el delito de contrabando. Esto, no cabe duda, reduce los costos de participar en esta actividad criminal.

En amarillo se muestran las correlaciones de las tres variables de incautaciones y la incidencia reportada por la encuesta de Invamer para los años 2018 y 2019, tanto desde el punto de vista de individuos (ind.) que consumen cigarrillos ilegales como desde el de la cantidad de cigarrillos ilegales estimada (cant.). Como se puede observar, las correlaciones, aunque positivas, son muy bajas. Esto puede indicar que, como ya se señaló antes, las aprehensiones parecen reaccionar al aumento del consumo, pero no necesariamente lo están limitando ni dependen de su extensión. Esto, en el agregado de los datos. A continuación, se muestran los resultados del análisis de correlaciones para el caso de cada una de las categorías creadas.

Desde el punto de vista histórico, se corrobora que no existe una tendencia clara en la efectividad de la aplicación de la ley, medida por el número de detenciones, valores y cantidades incautadas. No obstante, la correlación entre variables tiende a ser mayor año a año. Es decir, hay una mayor consistencia en las incautaciones de cada año, pero esto no predice ninguna mejora interanual. Llama la atención una correlación casi perfecta (0.99) entre los valores y la cantidad incautada.

El número de detenciones tiene una correlación cercana a 0.5 o superior en todos los años, al compararse con la incidencia de cigarrillos ilegales, ya sea medida por individuos o por cantidades. Por su parte, no supera 0.5 en ningún caso cuando se miran las cantidades o los valores de esas incautaciones. Esto reitera que existe una relación muy débil, aunque positiva, entre la aplicación de la lucha anticontrabando y la disponibilidad de cigarrillos de origen ilegal. El único caso en el que las correlaciones son muy débiles (menores a 0.1 en términos absolutos) y negativas es entre cantidades de 2017 e incidencia en 2018 y 2019. Si bien esto podría indicar una correlación espuria, también podría señalar que existe un efecto entre el incremento de las cantidades incautadas y la reducción, marginal, de la incidencia de cigarrillos de origen ilegal. Si este es el caso, podría reflejar lo que alguno de los expertos entrevistados mencionó con insistencia: una gran incautación puede tener un efecto en la reducción de disponibilidad de cigarrillos ilegales en un periodo dado, pero esto no acaba con las lógicas de contrabando ni afecta la posibilidad de encontrar la misma marca de cigarrillos en otro canal de venta.

No todos los departamentos tienen información asociada; no obstante, en la próxima tabla se presentan los resultados de las correlaciones entre los indicadores de efectividad de la ley y la información sobre el puesto en el que se encuentra el departamento⁷, en particular en tres de las medidas que se han aportado previamente: proporción de la cantidad de cigarrillos de origen ilegal sobre el total en 2019, las pérdidas estimadas en recaudo para el mismo año y la relación entre pérdidas estimadas y giro real, que se graficó previamente.

	Detenciones/ Valores	Detenciones/ Cantidades	Cantidades /Valores	Puesto cantidad 2019	Puesto pérdidas 2019	Puesto pérdidas/giro
Bogotá	0,99	0,84	0,8	27	13	27
Tolima	0,99	0,98	0,98	15	14	16
Huila	0,98	0,87	0,92	19	19	17
Magdalena	0,98	0,99	0,98	1	2	3
Caldas	0,97	0,99	0,99	21	20	24
Nariño	0,96	0,69	0,84	24	21	22
Córdoba	0,95	0,98	0,99	7	6	6
Quindío	0,92	0,74	0,94	28	27	28
Atlántico	0,9	-0,17	0,26	9	4	10
Arauca	0,81	0,76	0,99	8	17	11
Antioquia	0,79	0,92	0,96	11	1	15
N. Santander	0,75	0,78	0,99	4	3	8
Cesar	0,72	-0,5	0,21	3	7	5
Santander	0,71	0,64	0,98	10	8	14
Otros	0,68	0,91	0,33			
Vichada	0,53	0,96	0,28	13	24	13
Risaralda	0,36	0,34	0,99	22	22	25
Bolívar	-0,21	-0,95	0,49	5	5	9
Sucre	-0,25	-0,26	1	6	10	4
La Guajira	-0,32	-0,28	0,92	2	9	2
Valle del Cauca	-0,46	-0,27	0,72	17	11	18

⁷ Debe recordarse que los datos para los escalafones surgen de cada uno de los departamentos, mientras que los demás provienen de las seccionales. Por ello, el puesto de algunos departamentos (22-28) es mayor a las 21 posiciones registradas en la tabla.

Como se puede observar, tal como se planteó, las posiciones de los departamentos en los distintos índices de incidencia del consumo de cigarrillos de origen ilegal no parecen estar directamente relacionadas con el grado de coordinación en la persecución al delito de contrabando.

Llama la atención la existencia de ciertas correlaciones negativas entre detenciones y valores, y detenciones y cantidades. Al respecto de esta última, los casos de Bolívar y de Cesar son notorios. ¿Qué puede explicar que mientras aumenta una de las variables la otra se reduce en casi todos los periodos? ¿Esta es una correlación espuria? ¿Se prolonga en el tiempo? Una explicación, de doble cara, puede ser que se capturan pocas personas, pero grandes cargamentos o lo contrario. Sin embargo, este es un elemento que debe revisarse en futuras investigaciones.

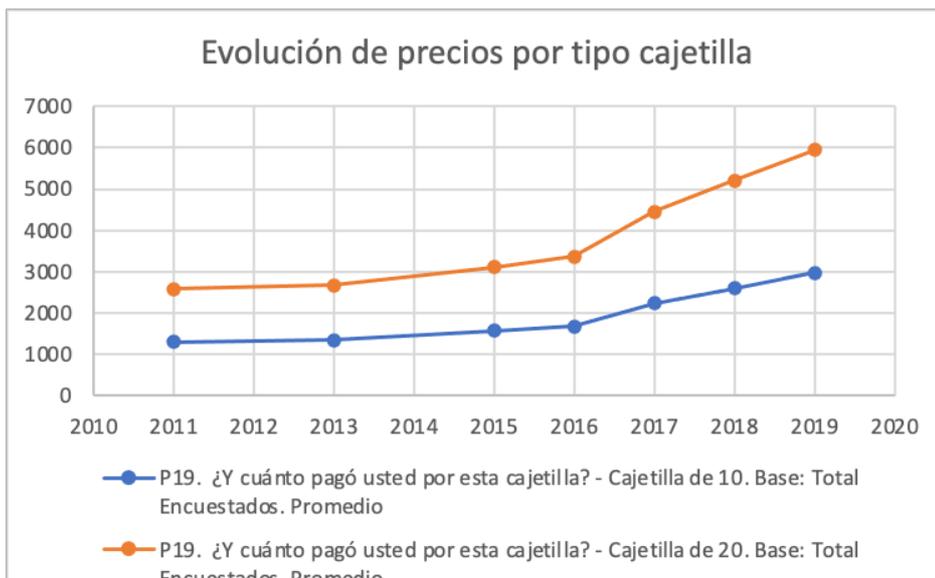
Según la dependencia esté ubicada o no en zona de frontera y, en caso de estarlo, si es frontera terrestre o marítima, las correlaciones también son muy bajas. Entre los indicadores de efectividad, las más bajas se encuentran en el caso de las de fronteras marítimas, donde son cercanas a cero. También son cercanas a cero, pero con signo negativo, las correlaciones de las medidas de valores y las de incidencia de cigarrillos de origen ilegal. No obstante, en el caso de las detenciones, las zonas de frontera marítima presentan las correlaciones más altas con las de incidencia. Resulta interesante que, exceptuando los casos mencionados, todas las correlaciones son positivas. Una vez más parece que la efectividad en la persecución al contrabando de cigarrillos no está directamente relacionada con la incidencia del consumo ni con las variables que miden la lucha contra el contrabando.

Por último, según las seccionales se encuentren en ciudades capitales o no, es interesante observar que en casi todos los casos (excepto en detenciones y valores y valores y cantidades) las correlaciones son mayores en las dependencias que sí están en zonas capitales. Esto está reflejando una mayor disponibilidad de cigarrillos de origen ilegal y, claro está, una mayor posibilidad de incautaciones, sin que esto afecte necesariamente ni la consecución de esos cigarrillos ni el consumo.

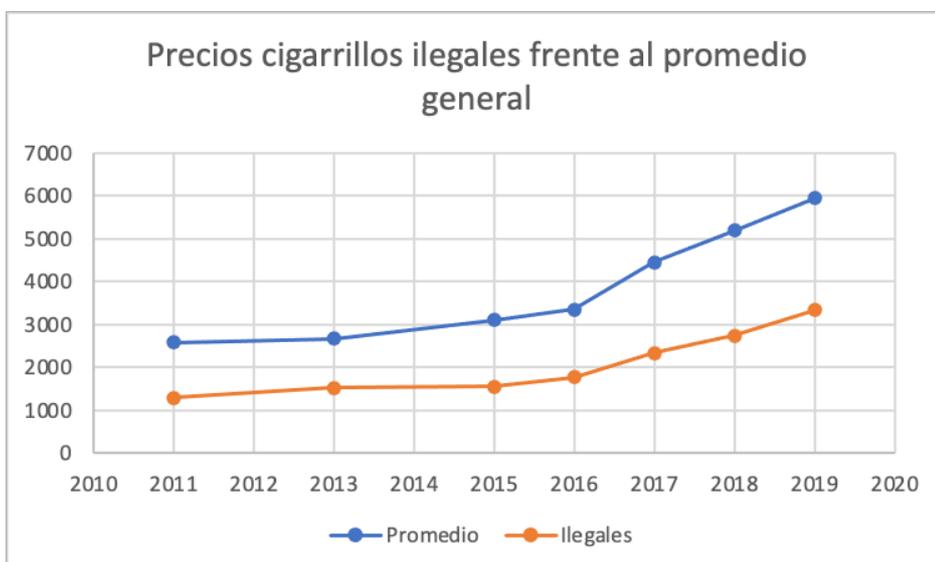
Así las cosas, de la evidencia acá analizada, se pueden hacer las siguientes afirmaciones. Primero, existe una alta dispersión en la aplicación de la persecución al delito de contrabando que depende, entre otras, de las características específicas en el interior del país. Segundo, esto parece no tener mucha relación con la incidencia del consumo de cigarrillos de origen ilegal ni parece afectarlo de manera importante. Tercero, esto pone en cuestionamiento la posición según la cual, aunque los mayores impuestos a los cigarrillos generen un mayor contrabando, esto último puede “resolverse” con más control. Habría que, primero, definir qué quiere decirse con control, luego, definirse los criterios y, lo más importante, cómo lograrlo (más allá de los cambios normativos que se están trabajando en la investigación complementaria a esta). Cuarto, la evidencia acá analizada (teniendo presente la necesidad de hacer estudios más profundos y con más datos en el futuro) apunta a que no solo existen dinámicas desde el mercado de cigarrillos que generan incentivos al contrabando, sino que los costos de participar en este delito son bajos. No obstante, los beneficios también pueden serlo. La evidencia a este respecto se discute en la siguiente hipótesis.

Hipótesis 4: beneficios para actividades delincuenciales

Los precios promedio, sin distinción de tipo, han aumentado de manera sostenida en el tiempo, como podría esperarse. Las cajetillas de 20 han incrementado sus precios más que proporcionalmente, en comparación con las de 10. No debe olvidarse que, precisamente, son las cajetillas de 20 las que más consumen aquellos que han optado por cigarrillos de origen ilegal.



Una forma de ver el comportamiento de los precios de los cigarrillos ilegales es la comparación con el promedio de dinámicas de precios de todas las marcas. En la siguiente gráfica, se muestran las dos tendencias. Se observa que los precios de los cigarrillos de origen ilegal también han aumentado desde 2016, así como los de origen legal, pero de manera menos pronunciada. Esto implica dos cosas. De un lado, que unos mayores impuestos, como es de esperarse, se incorporan en los precios de los cigarrillos de origen legal. No obstante, parte de ese incremento de precios es imitado por los cigarrillos de origen ilegal. Del otro, los incrementos de los cigarrillos ilegales son menos que proporcionales a los impuestos, por lo que se convierten en una opción de consumo para aquellos que no pueden asumir los crecientes precios de los cigarrillos de origen legal.



Lo anterior implica que, en caso de mantenerse las tendencias, y de comprobarse/medirse en futuras investigaciones la relación causal, los impuestos a los cigarrillos generan ganancias extraordinarias al mercado ilegal de cigarrillos por dos vías. Primero, por la posibilidad de incrementar los precios, sin alterar necesariamente los costos. Esto, en razón a que, a diferencia de las marcas de origen legal, el incremento de precios no es resultado de impuestos, sino de condiciones de mercado. Como corolario de lo anterior, esos mayores precios se convierten completamente en ingresos, incrementando las utilidades. Segundo, por la posibilidad de incrementar su presencia en el mercado vía más consumidores.

Desde el punto de vista de las marcas, en la siguiente tabla se muestra la dinámica del mercado, entre marcas de origen legal y las de origen ilegal. Este ejercicio se hace con los precios para la cajetilla de 20. Es una forma de identificar si, además de los precios, se abren oportunidades para nuevos competidores. Así, se estableció que un indicador de una marca que “aparece” es que, sin haber registrado jamás datos en años anteriores, aparece en

un año específico. Por su parte, se considera que una marca desaparece cuando, teniendo datos en años anteriores, deja de aparecer en la encuesta a partir de un determinado año. Así, en la primera categoría, el año señalado de aparición es cuando registra el primer dato; en tanto que para la categoría de “desaparece” se marca el año en el que dejan de registrarse datos para esa marca en particular. Se excluyeron todos los casos en los que hubiera una sola observación u observaciones aisladas. Esto, debido a que se reconoce que esos datos faltantes pueden deberse a las preferencias de los encuestados en un año en particular. La excepción de observaciones únicas es 2019 para el caso de las marcas que aparecen y 2011 para las que desaparecen.

Marcas que aparecen o desaparecen en la muestra								
Tipo cigarrillo	Estado	2011	2013	2015	2016	2017	2018	2019
Legales (n=27)	Aparece				1 (3,70%)		4 (14,81%)	2 (7,40%)
	Desaparece				1 (3,70%)			
Ilegales (n=61)	Aparece			1 (1,63%)		1 (1,63%)	4 (6,55%)	9 (14,75%)
	Desaparece		7 (11,47%)					

Como se muestra en la tabla, ha existido un gran dinamismo en el mercado de cigarrillos en los años recientes. Esto cuestiona los efectos, en reducción del consumo, de las medidas adoptadas. No obstante, el mayor dinamismo se presenta en el caso de los cigarrillos de origen ilegal. Este, además, está subvalorado en los porcentajes establecidos, debido a que, como puede verse, el 11,47% de las marcas de origen ilegal dejan de registrar datos desde 2013, lo que incrementaría la proporción de aquéllas que se convierten en una opción de consumo posterior.

	Incremento precios	
	2011 - 2019	2017 - 2019
Legal 1	139.06%	77.66%
Legal 2	139.72%	72.94%
Legal 3	84.51%	67.70%
Legal 4	171.95%	165.35%
Promedio	133.81%	95.91%
Ilegal 1	262.08%	120.20%
Ilegal 2	314.17%	28.23%
Ilegal 3	241.97%	95.33%
Ilegal 4	239.15%	145.90%
Ilegal 5	173.13%	67.67%
Promedio	246.10%	91.47%

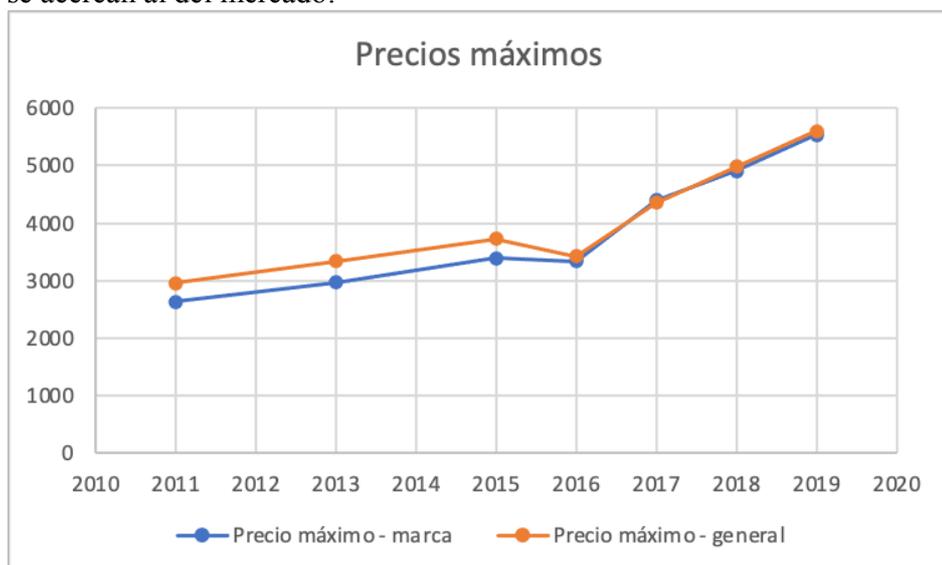
En la tabla anterior se muestra el comportamiento de precios para las marcas que registran datos en toda la serie. A partir de esta información, se pueden resaltar varios elementos. Primero, los precios de los cigarrillos ilegales se ha más que duplicado en este periodo. Segundo, el mayor incremento en los precios de estos últimos se ha presentado desde el alza en los impuestos. Tercero, aunque el mayor incremento en los precios de cigarrillos ilegales se presenta en el periodo anterior a los nuevos impuestos, sí se observa una tendencia de imitación en los incrementos de precios con una dinámica muy parecida a la que sucede con los cigarrillos de origen legal. A pesar de lo anterior, el precio de los cigarrillos de origen ilegal en 2019, en promedio, es un poco más del 50% del promedio de los cigarrillos legales.

Desde el punto de vista sociodemográfico, al comparar los precios promedio de los cigarrillos ilegales como proporción del promedio de precio general de las cajetillas de 20 cigarrillos, se reiteran las caracterizaciones identificadas a lo largo de este documento: las mayores proporciones se observan en zonas rurales, de estratos bajos, de mayor edad y, sin un orden en particular, en los departamentos de Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena, Sucre, Quindío, Chocó, Huila, Guaviare, Vaupés, Vichada y Norte de Santander. El que el promedio de los precios de cigarrillos ilegales se acerque al promedio reportado en esos departamentos es otra forma de mostrar la importancia que, para esos sectores, tiene el consumo de este tipo de cigarrillos.

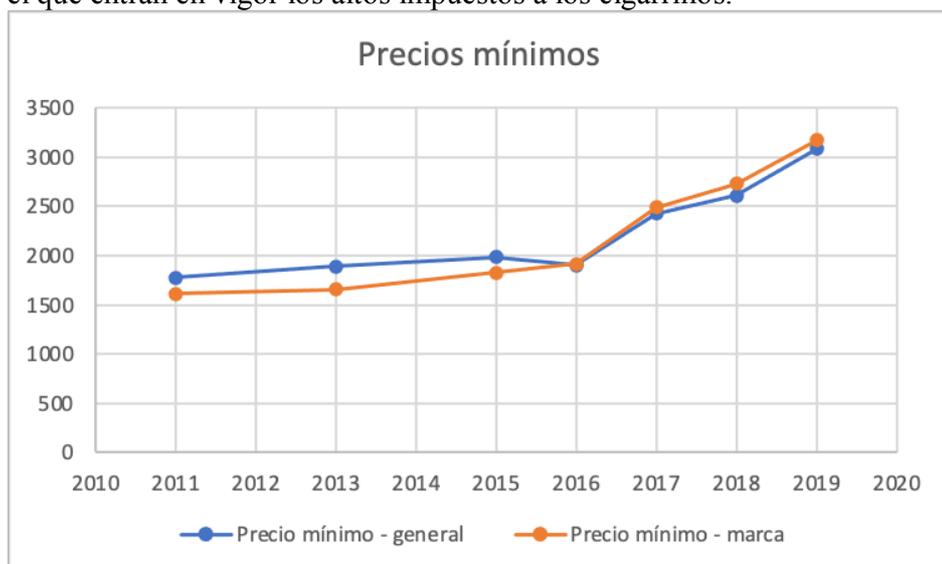
Precios máximos y mínimos

En las siguientes dos gráficas, se muestra la tendencia de los precios máximos y mínimos del promedio general de las marcas incluidas en la encuesta de Invamer comparada con la tendencia en las mismas categorías de las marcas que tuvieran datos para todos los años desde 2011 (al final, es una muestra de 4 marcas de origen legal y

5 de origen ilegal). Como se puede observar, existe una tendencia en la que los precios promedio de las marcas se acercan al del mercado.



No obstante, los precios mínimos de las marcas analizadas superan al del promedio general. Teniendo en cuenta que son las marcas que registran información para todos los años en la encuesta de Invamer, es decir que son las marcas más recurrentes y preferidas (dado que se pueden estimar promedios y precios desde 2011), lo cual implica que el rango de precios, sin distinguir tipo de cigarrillos, se ha venido estrechando desde el momento en el que entran en vigor los altos impuestos a los cigarrillos.



A continuación, se muestran los rangos entre precios máximos y mínimos que las personas están dispuestas a pagar en el año 2019, tanto por marca como cuando se contesta la pregunta en general, discriminado por departamento. A su vez, la información está clasificada por orden descendente, de mayor a menor.

Territorios y precios máximos y mínimos							
Precio máximo dispuesto				Precio mínimo razonable			
Departamento	Pr marca	Departamento	General	Departamento	Pr marca	Departamento	General
Amazonas	\$ 8.997,78	Amazonas	\$ 10.333,72	Chocó	\$ 4.141,53	Amazonas	\$ 4.390,12
Vaupés	\$ 8.962,15	Guaviare	\$ 8.836,05	Caquetá	\$ 4.034,51	Guaviare	\$ 4.215,82
Guainía	\$ 8.845,67	Vaupés	\$ 8.348,40	Amazonas	\$ 3.931,78	Chocó	\$ 4.049,98
Guaviare	\$ 7.665,48	Arauca	\$ 7.935,24	San Andrés	\$ 3.840,63	San Andrés	\$ 3.834,39
Putumayo	\$ 7.161,27	Guainía	\$ 7.934,76	Vaupés	\$ 3.806,66	Vaupés	\$ 3.800,17
Chocó	\$ 6.865,79	Putumayo	\$ 7.213,49	Nariño	\$ 3.799,61	Arauca	\$ 3.660,53
Caquetá	\$ 6.733,80	San Andrés	\$ 6.779,95	Cauca	\$ 3.563,04	Caquetá	\$ 3.595,12
Arauca	\$ 6.712,21	Meta	\$ 6.627,38	Guaviare	\$ 3.499,69	Casanare	\$ 3.458,51
Huila	\$ 6.662,29	Caquetá	\$ 6.457,97	Huila	\$ 3.467,86	Guainía	\$ 3.385,41
Valle del Cauca	\$ 6.441,69	Chocó	\$ 6.436,11	Valle del Cauca	\$ 3.417,72	Cauca	\$ 3.338,32
San Andrés	\$ 6.308,08	Casanare	\$ 6.420,69	Tolima	\$ 3.405,25	Nariño	\$ 3.325,80
Cauca	\$ 6.288,76	Huila	\$ 6.233,82	Boyacá	\$ 3.393,19	Risaralda	\$ 3.278,35
Meta	\$ 6.198,84	Cauca	\$ 6.209,13	Vichada	\$ 3.388,86	Meta	\$ 3.228,73
Nariño	\$ 6.099,76	Valle del Cauca	\$ 5.929,10	Guainía	\$ 3.356,48	Cundinamarca	\$ 3.225,83
Vichada	\$ 5.933,97	Bogotá, D.C.	\$ 5.864,58	Putumayo	\$ 3.356,39	Vichada	\$ 3.225,82
Bogotá, D.C.	\$ 5.862,50	Vichada	\$ 5.630,44	Arauca	\$ 3.326,38	Boyacá	\$ 3.221,89
Caldas	\$ 5.536,36	Nariño	\$ 5.602,69	Antioquia	\$ 3.322,61	Norte de Santander	\$ 3.221,68
Cundinamarca	\$ 5.532,90	Caldas	\$ 5.578,34	Cundinamarca	\$ 3.305,24	Huila	\$ 3.212,49
Antioquia	\$ 5.401,09	Antioquia	\$ 5.511,15	Risaralda	\$ 3.207,33	Valle del Cauca	\$ 3.150,08
Tolima	\$ 5.301,77	Cundinamarca	\$ 5.501,11	Casanare	\$ 3.202,37	Tolima	\$ 3.142,21
Casanare	\$ 5.257,36	Norte de Santander	\$ 5.319,76	Quindío	\$ 3.184,18	Bogotá, D.C.	\$ 3.113,54
Boyacá	\$ 5.116,14	Bolívar	\$ 5.297,54	Caldas	\$ 3.173,26	Quindío	\$ 3.109,67
Risaralda	\$ 5.034,50	Magdalena	\$ 5.282,78	Meta	\$ 3.158,06	Putumayo	\$ 3.109,58
Córdoba	\$ 5.023,58	Sucre	\$ 5.276,09	Bogotá, D.C.	\$ 3.105,21	Caldas	\$ 3.095,91
Cesar	\$ 5.009,17	Risaralda	\$ 5.240,53	Norte de Santander	\$ 3.070,03	Antioquia	\$ 3.057,08
Quindío	\$ 5.005,63	Boyacá	\$ 5.228,42	Bolívar	\$ 3.000,37	Córdoba	\$ 3.022,17
La Guajira	\$ 4.999,73	Córdoba	\$ 5.177,63	Córdoba	\$ 2.840,35	Magdalena	\$ 2.898,40
Sucre	\$ 4.922,45	Cesar	\$ 5.157,47	Sucre	\$ 2.810,02	Bolívar	\$ 2.835,85
Bolívar	\$ 4.851,82	La Guajira	\$ 5.086,92	Cesar	\$ 2.780,44	Atlántico	\$ 2.813,91
Norte de Santander	\$ 4.785,45	Quindío	\$ 5.061,94	Magdalena	\$ 2.746,18	Cesar	\$ 2.811,55
Magdalena	\$ 4.697,93	Atlántico	\$ 5.019,26	Atlántico	\$ 2.700,02	Sucre	\$ 2.750,00
Atlántico	\$ 4.666,05	Santander	\$ 5.016,33	Santander	\$ 2.661,32	Santander	\$ 2.667,45
Santander	\$ 4.625,72	Tolima	\$ 4.816,80	La Guajira	\$ 2.473,09	La Guajira	\$ 2.441,06
Promedio	\$ 5.985,08		\$ 6.132,29		\$ 3.286,96		\$ 3.263,26
Desv. Estándar	\$ 1.242,99		\$ 1.286,70		\$ 409,05		\$ 432,77
Coefficiente de var.	20,77%		20,98%		12,44%		13,26%

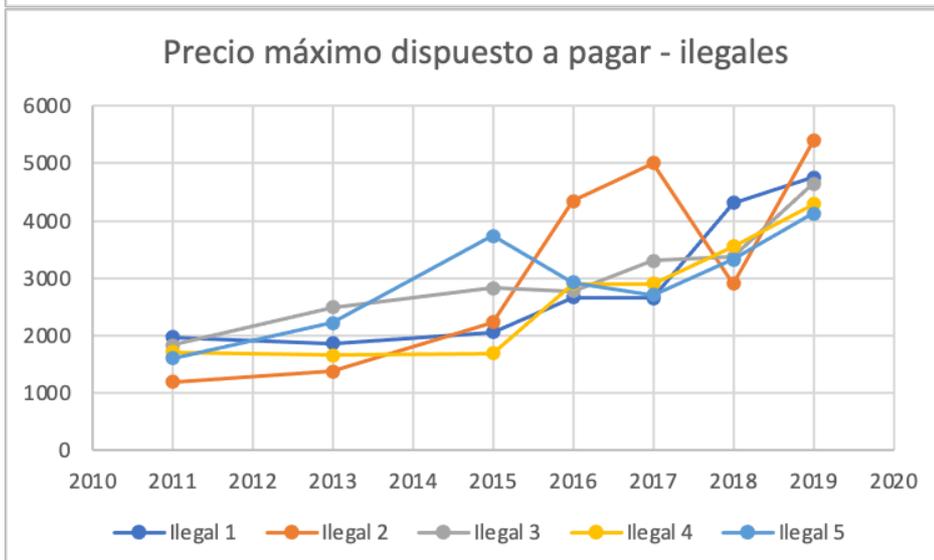
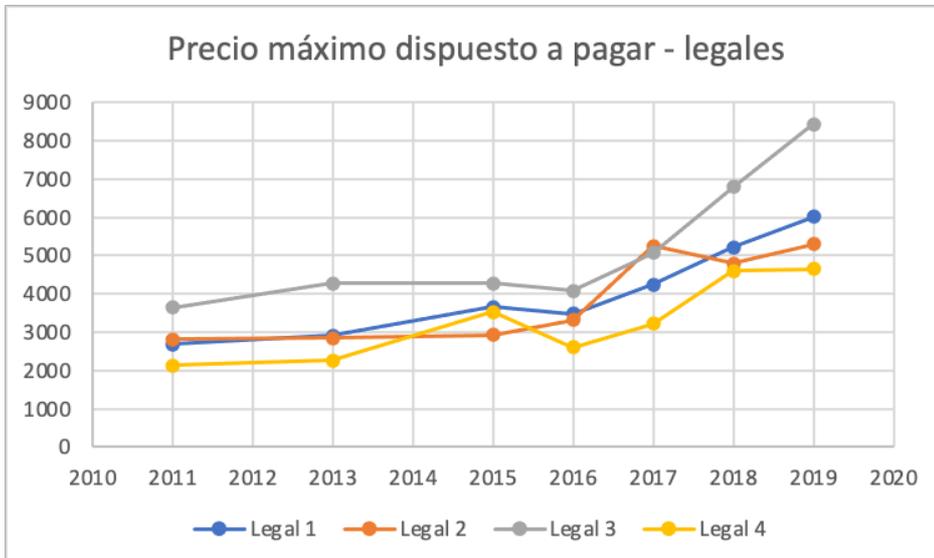
La tabla muestra que, en general, los departamentos ocupan las mismas posiciones en los cuatro casos. De igual manera, existe una baja variación en todos los casos, aunque esta es mayor en el de los precios máximos. Tal vez la principal observación es que no existe necesariamente relación entre nivel de riqueza y ubicación en el escalafón. Esto permite pensar la posibilidad de que esta información refleje el carácter de valoración intersubjetiva que incorporan los precios, más que otras condiciones más objetivas.

Los datos de precios máximos y mínimos, así como los rangos, fueron relacionados con los de incidencia del consumo de cigarrillos de origen ilegal en el año 2019. En todos los casos, las correlaciones son negativas. Desde el punto de vista de la magnitud, son mayores, respecto de los datos promedio entre las marcas. Entre estas, las mayores se encuentran en los de precios mínimos (-0.65 en la incidencia medida por proporción de individuos y -0.67 por cantidad de cigarrillos ilegales). En segundo lugar, se encuentran las correlaciones entre incidencia y precios máximos.

Sin embargo, estas correlaciones pueden no estar reflejando el verdadero tipo de relacionamiento. En 2019, ingresaron al estudio nuevos departamentos y sus resultados son hasta ahora exploratorios. Algunos de ellos, tienen datos similares. Lo anterior implica que la mayor incidencia de cigarrillos de origen ilegal se encuentra en los territorios en los que los consumidores expresan menores niveles de precios que, en el nivel de marca, consideran razonables.

Si se incluye el análisis de los precios promedios según diversas características sociodemográficas, no es sorprendente que las que reportan menores precios son las zonas rurales, los estratos bajos, las edades de 45 en adelante y las mujeres.

Ahora se muestran las tendencias de la muestra de cuatro marcas legales y de cinco ilegales. En las siguientes gráficas se muestra la evolución de los precios máximos por cada categoría. Como se puede observar, si bien en ambos casos los precios se han incrementado en todo el periodo, con un crecimiento de la pendiente desde 2016, esta es más pronunciada para el caso de las ilegales. Esto quiere decir dos cosas: que los consumidores se adaptan a los cambios en los precios y que los que, al parecer, están cambiando más los precios que aceptan de sus marcas preferidas son los que consumen las de origen ilegal.

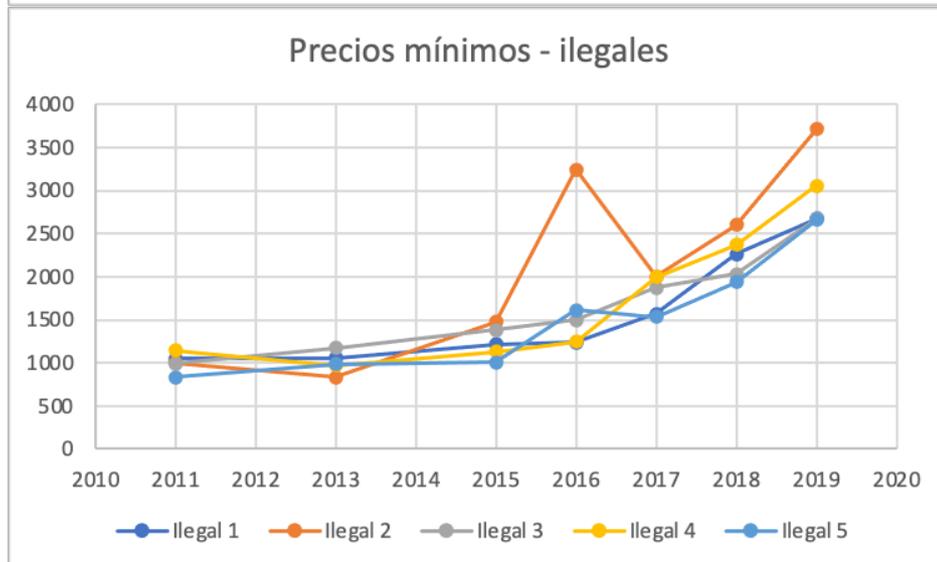
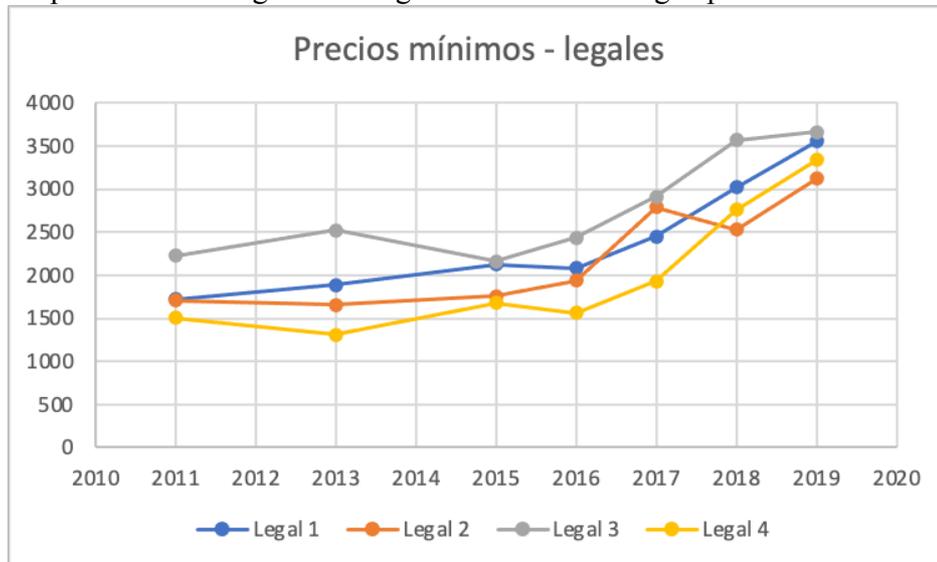


Las marcas de origen ilegal han visto incrementar en promedio en mayor medida los precios máximos que están dispuestos sus consumidores a pagar por ellas: 190%, frente a un 115% de las marcas legales. Adicionalmente, aunque hay mayor variación dentro de las ilegales, el mínimo de las ilegales es de 140%, frente al 88% en el caso de las legales.

Para establecer qué tanto han evolucionado los precios esperados y los que deben pagar los consumidores, se calculó el ratio de precio registrado y el real, por marca y por año. Esto puede ser una medida de la distancia entre el precio percibido por el consumidor (muy alto, muy bajo o “justo”) y el precio real que paga. Si el ratio es mayor a uno podría entenderse como que el consumidor ve como muy bajo el precio que paga, en relación al precio de referencia que se le pida. Lo contrario sucede si es menor a 0. En el caso de un valor de 1, ambos precios serían iguales. En este caso, se está hablando de los precios máximos que están dispuestos a pagar los consumidores.

En 2011, el ratio para las marcas de cigarrillos legales era, en promedio, de 0.98 y llegó, en 2019, a 0.92. por su parte, para las marcas de cigarrillos ilegales los datos son 1.55 y 1.27, respectivamente. A partir de estos datos

se pueden hacer varias observaciones. Los precios de los cigarrillos de origen legal superan, desde hace muchos años, al máximo que están dispuestos a pagar los consumidores. Y esta brecha se está aumentando. Por su parte, los precios de los cigarrillos ilegales tienen aún margen para aumentar los precios, aunque este se ha reducido.



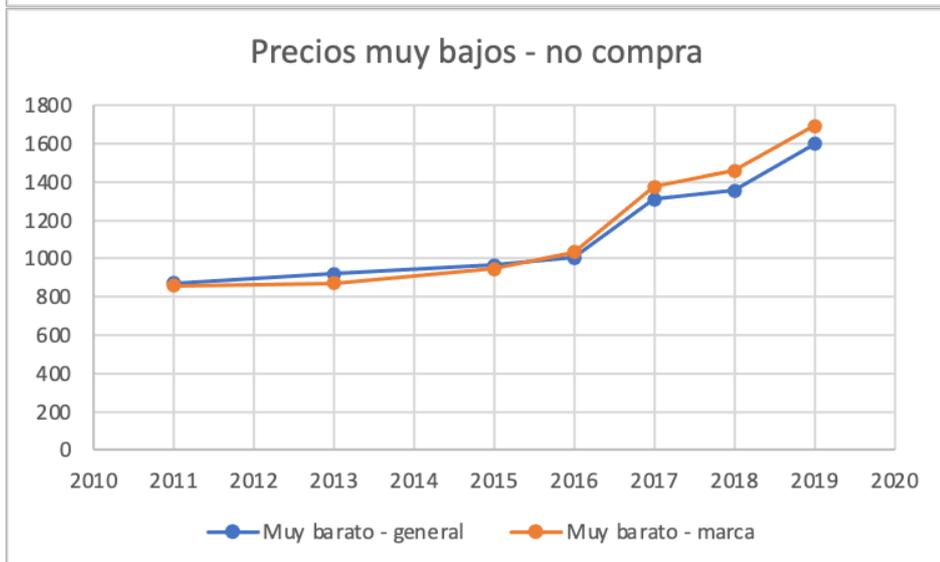
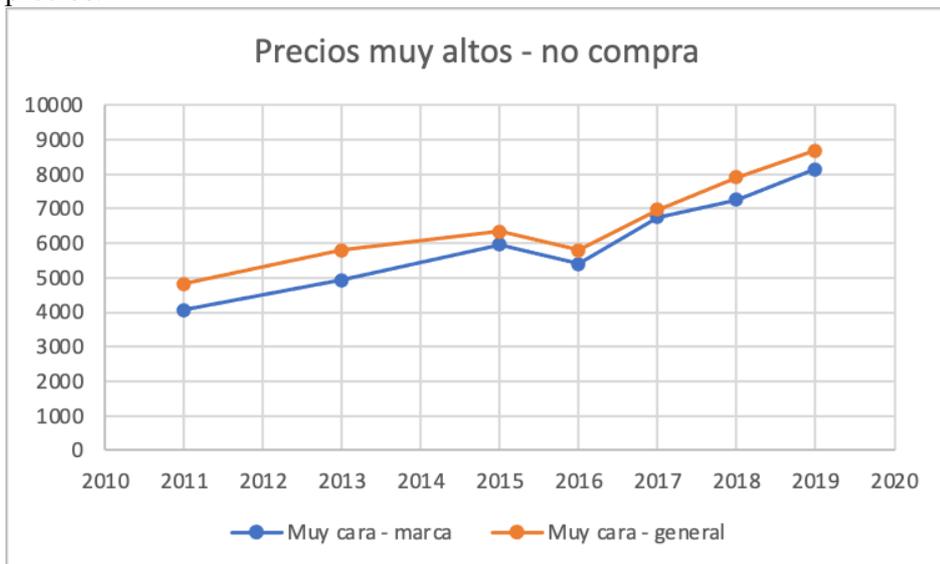
Los precios mínimos considerados por los consumidores como razonables se han incrementado en mayor medida en las marcas ilegales. Mientras que para las legales, entre 2011 y 2019, estos se han incrementado en un 94%, lo han hecho en un 196% para las ilegales durante este mismo periodo. En ambos casos, el coeficiente de variación es menor al 30%, por lo que no hay una gran dispersión en los datos.

Lo anterior ha hecho que los precios mínimos que toleran los consumidores se hayan alejado de los precios que deben pagar. No obstante, esto también ha beneficiado en mayor medida a las marcas ilegales. Mientras que los precios mínimos de las legales eran en 2011 el 63% del precio y ahora son el 52%, los de los cigarrillos legales pasaron de ser muy cercanos al precio real (94%) para bajar en 2019 a un 81%. Esto hace que se amplíe el rango en el que las personas están dispuestas a adquirir los productos. No se debe olvidar que anteriormente se señaló que la correlación de mayor magnitud, negativa, se presenta entre los precios mínimos y la incidencia de consumo de cigarrillos ilegales.

Precios por fuera del rango

Otra medida que se tienen en cuenta en los estudios de Invamer es la de los precios a los que los individuos no están dispuestos a comprar cigarrillos, por considerarlos demasiado altos o por generar desconfianza al ser demasiado bajos. En las siguientes gráficas se muestran las tendencias para los precios muy altos y bajos. Como se puede observar, estos se han incrementado en mayor medida. En los dos casos, el punto de quiebre de la

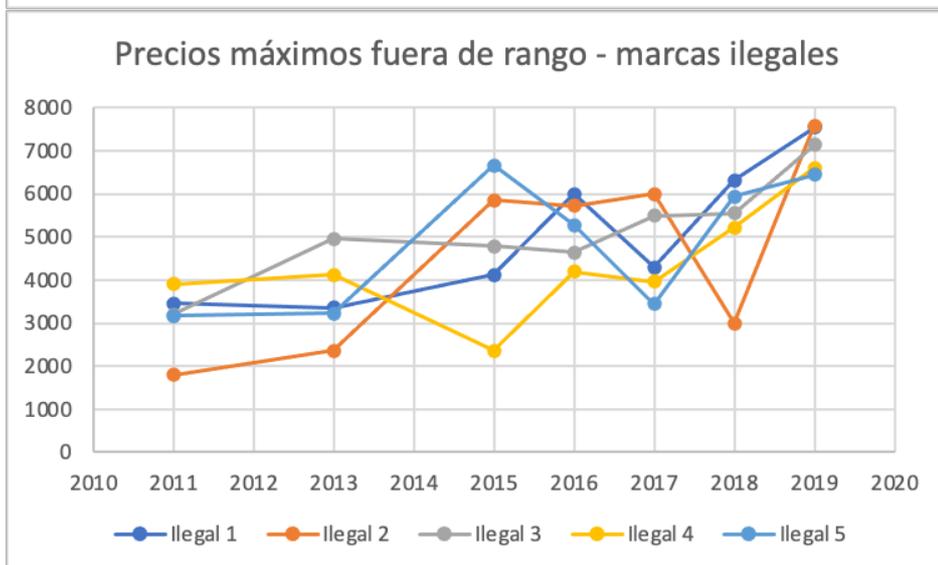
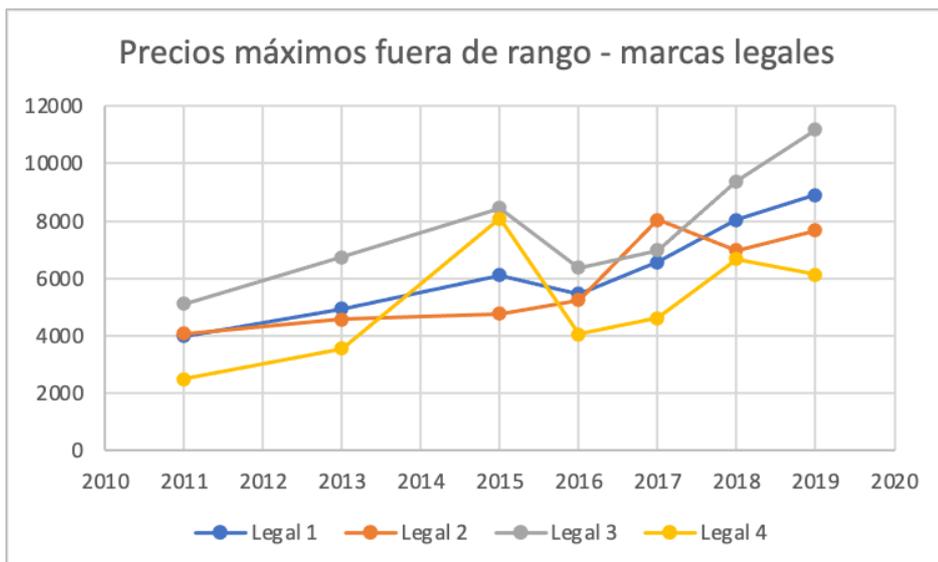
pendiente es 2016. Una vez más, la evidencia apunta a que los consumidores se adaptan a los cambios en precios.



Así como con los máximos y mínimos, a continuación se muestran los datos organizados por departamento, para los precios inadmisibles para los consumidores.

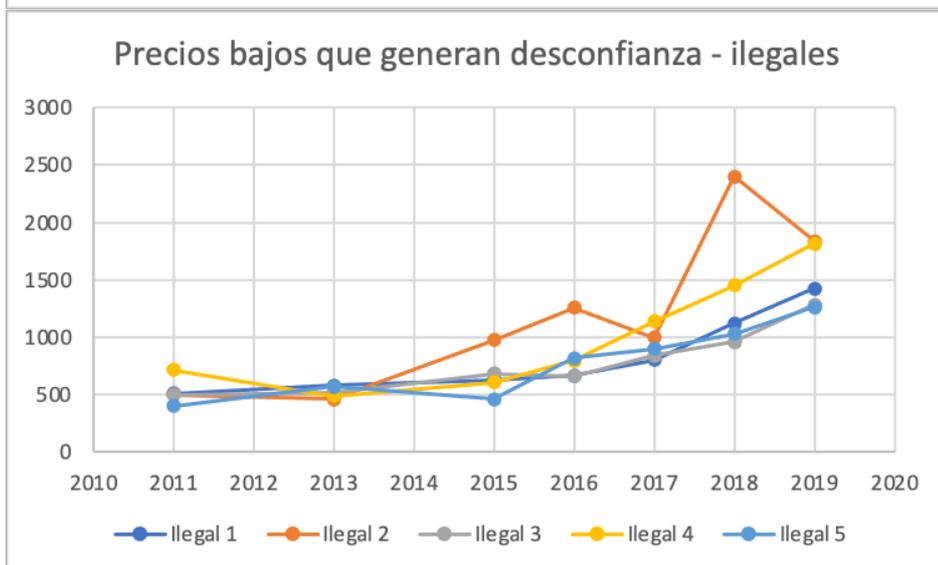
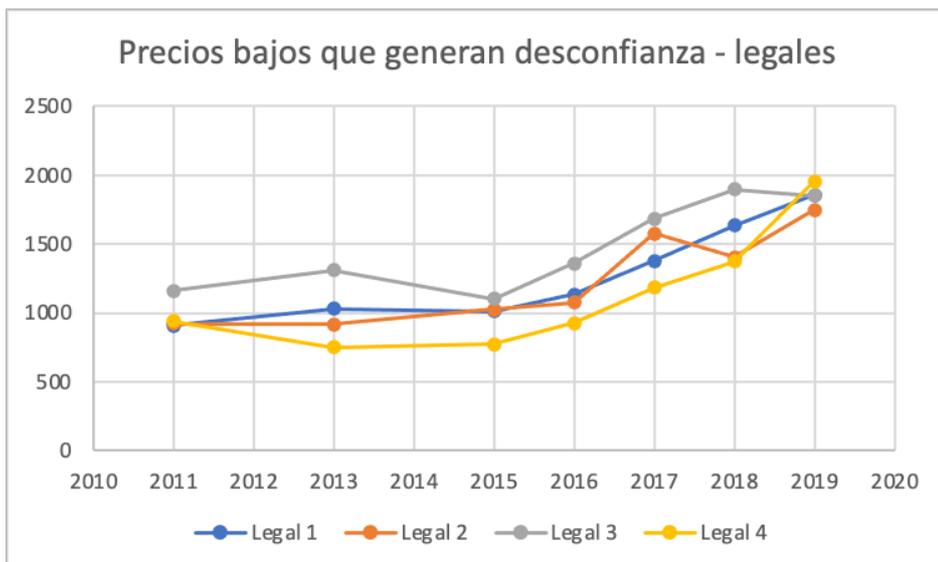
Territorios y precios fuera de rango							
Jamás compraría por alto precio				No compraría por bajo precio			
Departamento	Pr marca	Departamento	General	Departamento	Pr marca	Departamento	General
Guainía	\$ 14.831,45	Amazonas	\$ 20.839,97	San Andrés	\$ 2.167,34	Amazonas	\$ 2.286,11
Amazonas	\$ 14.595,97	Vaupés	\$ 16.476,43	Vaupés	\$ 2.102,94	San Andrés	\$ 2.188,65
Vaupés	\$ 14.278,98	Guaviare	\$ 13.894,09	Amazonas	\$ 2.081,25	Arauca	\$ 2.125,04
Putumayo	\$ 12.468,45	Guainía	\$ 13.082,74	Caquetá	\$ 2.033,58	Guaviare	\$ 2.033,71
Chocó	\$ 12.083,60	Arauca	\$ 12.438,49	Boyacá	\$ 2.015,96	Boyacá	\$ 1.927,72
Guaviare	\$ 11.359,60	Putumayo	\$ 11.297,38	Vichada	\$ 2.006,58	Cundinamarca	\$ 1.898,15
Arauca	\$ 11.330,25	Chocó	\$ 11.255,51	Nariño	\$ 1.990,32	Guainía	\$ 1.864,13
Caquetá	\$ 10.572,70	Caquetá	\$ 11.070,28	Cundinamarca	\$ 1.938,13	Vaupés	\$ 1.842,34
Cauca	\$ 10.028,22	Huila	\$ 10.640,68	Huila	\$ 1.890,18	Vichada	\$ 1.840,19
Huila	\$ 9.814,97	Cauca	\$ 10.588,73	Cauca	\$ 1.881,18	Caquetá	\$ 1.797,57
Nariño	\$ 9.452,72	Casanare	\$ 10.554,86	Guaviare	\$ 1.834,21	Meta	\$ 1.792,30
Valle del Cauca	\$ 9.387,19	San Andrés	\$ 10.530,14	Guainía	\$ 1.817,14	Nariño	\$ 1.789,26
Casanare	\$ 9.252,26	Nariño	\$ 10.274,70	Quindío	\$ 1.805,74	Putumayo	\$ 1.744,19
San Andrés	\$ 8.932,98	Magdalena	\$ 10.062,28	Valle del Cauca	\$ 1.804,58	Cauca	\$ 1.742,71
Meta	\$ 8.706,01	Meta	\$ 9.780,79	Bogotá, D.C.	\$ 1.803,13	Quindío	\$ 1.739,24
Sucre	\$ 8.571,13	La Guajira	\$ 9.747,56	Meta	\$ 1.788,82	Bogotá, D.C.	\$ 1.730,21
Caldas	\$ 8.521,73	Sucre	\$ 9.451,82	Casanare	\$ 1.787,38	Norte de Santander	\$ 1.711,56
Córdoba	\$ 8.384,49	Caldas	\$ 9.373,46	Putumayo	\$ 1.782,61	Casanare	\$ 1.701,76
La Guajira	\$ 8.319,73	Córdoba	\$ 9.323,83	Antioquia	\$ 1.756,72	Huila	\$ 1.674,80
Vichada	\$ 8.196,59	Vichada	\$ 9.195,92	Norte de Santander	\$ 1.716,00	Risaralda	\$ 1.641,11
Cundinamarca	\$ 8.093,29	Cesar	\$ 8.929,64	Arauca	\$ 1.707,35	Valle del Cauca	\$ 1.612,37
Cesar	\$ 7.967,95	Valle del Cauca	\$ 8.831,75	Risaralda	\$ 1.650,15	Antioquia	\$ 1.567,71
Antioquia	\$ 7.798,97	Bolívar	\$ 8.674,25	Chocó	\$ 1.645,23	Santander	\$ 1.535,28
Bogotá, D.C.	\$ 7.796,88	Cundinamarca	\$ 8.635,95	Tolima	\$ 1.637,61	Caldas	\$ 1.527,17
Tolima	\$ 7.745,23	Antioquia	\$ 8.328,35	Caldas	\$ 1.610,59	Chocó	\$ 1.498,72
Magdalena	\$ 7.682,34	Norte de Santander	\$ 7.943,71	Santander	\$ 1.573,50	Atlántico	\$ 1.427,51
Bolívar	\$ 7.608,56	Bogotá, D.C.	\$ 7.919,79	Cesar	\$ 1.453,91	Tolima	\$ 1.425,52
Risaralda	\$ 7.405,03	Atlántico	\$ 7.815,70	Atlántico	\$ 1.391,11	Cesar	\$ 1.358,39
Quindío	\$ 7.169,79	Quindío	\$ 7.790,67	Sucre	\$ 1.323,91	Magdalena	\$ 1.284,89
Atlántico	\$ 7.018,75	Santander	\$ 7.768,78	Magdalena	\$ 1.275,03	Sucre	\$ 1.210,21
Norte de Santander	\$ 6.762,94	Tolima	\$ 7.685,86	Bolívar	\$ 1.255,81	Bolívar	\$ 1.208,51
Santander	\$ 6.642,28	Risaralda	\$ 7.371,93	Córdoba	\$ 1.176,21	Córdoba	\$ 1.204,03
Boyacá	\$ 6.162,78	Boyacá	\$ 6.550,85	La Guajira	\$ 1.171,12	La Guajira	\$ 1.123,49
Promedio	\$ 9.240,72		\$ 10.125,06		\$ 1.723,49		\$ 1.668,32
Desv. Estándar	\$ 2.297,23		\$ 2.814,88		\$ 272,50		\$ 288,14
Coefficiente de var.	24,86%		27,80%		15,81%		17,27%

Al ser esta una medida de la valoración real del producto por parte de los consumidores, el orden de los departamentos, muy similar a los resultados del caso anterior, aportan más evidencia sobre los insumos que se deben tener en cuenta para establecer la forma como los consumidores se relacionan con este tipo de productos. A continuación, se muestran los gráficos de la evolución de los precios inadmisibles para consumidores, por marcas.



En promedio, los cigarrillos ilegales han incrementado más su precio que ya consideran es excesivo (2019 versus 2011), aunque también hay mayor dispersión en los datos. Una de las marcas tiene un incremento del 300% en ello. En promedio, los ilegales han aumentado en 146% frente a 118% de los legales.

Para ambos tipos de cigarrillos, el ratio se ha reducido y más en el caso de los ilegales. No obstante, sigue siendo muy superior. Mientras que en 2011 el precio que los consumidores consideraban demasiado alto para comprar la marca de su preferencia era del 35% en promedio para las legales, este margen se redujo al 27% en 2019. Por su parte, los datos de las ilegales son 189% y 93%, respectivamente.



Con niveles muy cercanos de dispersión en los datos (coeficiente de variación de 24% tanto entre marcas legales como ilegales), el incremento de los precios bajos que generan desconfianza en los consumidores es del 90% en el caso de los legales y del 194% en el de los ilegales. Esto muestra que los consumidores de cigarrillos ilegales están aceptando precios más altos, como resultado de consideraciones que están por fuera de los meros cálculos de presupuesto.

Así como se ha visto en los demás casos, el ratio entre estos precios y los reales que pagan las personas también se ha reducido en el tiempo. Mientras que, en 2011, se encontraba en 0.35 para los cigarrillos legales y 0.49 para los ilegales, en 2019, los datos son 0.28 y 0.41, respectivamente.

De esta manera, se encuentra evidencia para señalar que las organizaciones delincuenciales, dedicadas al contrabando de cigarrillo han visto incrementar su margen de ganancias a la par que se han incrementado de manera abrupta los impuestos al consumo de cigarrillo.

III.7 Conclusiones

Los resultados de esta investigación pretenden ser un aporte para entender el carácter complejo e incierto en la relación entre intervenciones gubernamentales, particularmente en los impuestos al consumo, y generación de consecuencia no anticipadas e indeseables, como el contrabando.

Debido a la evolución de prácticas en el ámbito académico, existe casi una presión por adaptar algunos datos a ciertos métodos y, a partir de allí, sacar conclusiones. No obstante, como se reflexionó en el apartado de literatura, esto no es lo aconsejable desde un punto de vista práctico.

Con esto en mente, este ejercicio decidió dar un paso atrás. De un lado, se dedicó a escudriñar, a profundizar, la existencia de múltiples relaciones entre variables que han sido estudiadas y detectadas en la literatura internacional. De otro lado, reconoció que esas relaciones deben ser presentadas como lo que son, correlaciones, y no se obligó al uso de ningún método adicional de estimación de causalidad.

No obstante, esto no quiere decir que no exista esa causalidad ni que no se pueda establecer. La evidencia apunta, de manera mayoritaria, a que los cambios en los impuestos no son inocuos frente al incremento del contrabando. Un aporte adicional de este documento es que permite dimensionar el efecto: no solo es directo, sino que está relacionado de múltiples maneras, a través de diferentes mecanismos y está condicionado por diferentes condiciones del contexto (como la ley anticontrabando). De este modo, el fenómeno va mucho más allá de establecer una medición aislada y contrastarla con lo que suceda después.

Si bien, en algunos casos, ese tipo de métodos tradicionales y meramente econométricos de atribución de causalidad son los adecuados para establecer el impacto de intervenciones de política pública frente a ciertos resultados, en otros casos, como el presente, se hace necesaria una reflexión más comprehensiva y multicausal, en consecuencia con los fenómenos que se pretenden estudiar.

A partir del amplio catálogo de variables analizadas, se puede crear un caso sólido para cuestionar futuros incrementos a los impuestos al consumo de cigarrillos, así como se abre la posibilidad de revisar los ya existentes. Esto debido a que hay una relación entre mayores impuestos y contrabando, lo cual no se pone en duda ni siquiera por aquellos que ven de manera favorable los impuestos saludables. La discusión es sobre la magnitud y sobre lo que se puede hacer frente a ello.

Esta investigación encuentra que la forma como se ha estimado la magnitud no es suficiente porque ignora muchas realidades, que magnifican a través de mecanismos indirectos la relación entre las medidas y el contrabando. A su vez, desde el punto de vista institucionalista de esta investigación, se pone en perspectiva la esperanza que se ha puesto sobre las posibilidades de ejercer un mayor control para reducir el contrabando. De un lado, como se mostró en la revisión de literatura, más impuestos y un objetivo de lucha contra el crimen son incompatibles. Del otro, la mejor manera de neutralizar una amenaza no es aumentando la persecución, sino eliminando las causas que la promueven. Lo primero solo contribuye a la espiral de costos de las intervenciones y a generar nuevas externalidades y, por lo tanto, consecuencias no anticipadas.

Además de esto, los siguientes son resultados que vale la pena tener en cuenta para la discusión del tema y su incorporación como un asunto de política pública:

- El contexto institucional en el que se insertan los impuestos crecientes a los cigarrillos genera incentivos de comportamientos que no necesariamente van en sintonía con lo esperado en la política de salud y de recaudo.
- Lo anterior debe analizarse de manera profunda para las entidades territoriales. No es suficiente quedarse con los incrementos que se ven, sino continuar por la vía de considerar qué se está perdiendo al imponer impuestos restrictivos y cómo esto genera costos desproporcionados para ciertas entidades territoriales.
- Esto último es supremamente relevante. No solo en el nivel departamental, sino en el individual, dado que los mayores impuestos parecen estar generando un perfil de consumidor de cigarrillos ilegales que está caracterizado, en todas las categorías, por personas que deberían ser prioridad y objeto de protección por parte del Estado.
- Además, las medidas han llevado a que, por los incentivos generados, se privilegian ciertos canales, más propicios para la distribución de mercancía de origen ilegal, en desmedro de otras. Este asunto tiene muchas aristas que deben ser profundizadas en otros estudios.
- Es necesario profundizar sobre las actitudes e ideas socialmente aceptadas en relación con actividades como el contrabando. Esta variable debe incidir en cualquier medición de “impuesto óptimo”. No obstante, no existe evidencia sobre esto.
- La estructura del mercado y las características del consumo se han visto alteradas desde la imposición de mayores impuestos. Las tendencias observadas favorecen el contrabando.
- El análisis del complemento institucional de los impuestos a los cigarrillos, la denominada coloquialmente ley anticontrabando, arroja una evidencia que puede entenderse como que los costos de incurrir en la actividad ilegal son muy bajos. No obstante, esto debe profundizarse y estudiarse en un futuro.

- Las dinámicas de precios en el mercado, desde la imposición de los impuestos, apunta a pensar que existen ganancias muy altas que se pueden extraer del contrabando de cigarrillos.

Si a lo anterior se suma la “tradicción” de la actividad en el país (lo que se refleja en curva de aprendizaje, “capital humano”, “capital social” – esto es, organizaciones criminales, etc.) resulta muy ingenuo, por decir lo menos, que se considere que, si bien existe una relación de causalidad entre más impuestos y contrabando, esto se puede solucionar con “más control”. Este tipo de aseveraciones se deben a que la forma como se ha abordado el estudio de este tema tiene claras agendas políticas y posiciones *ex ante* de los investigadores. Si bien esto no necesariamente invalida sus posiciones, sí resulta necesario que se incluyan nuevos actores, con otras visiones, y que se reconozca la complejidad y multidimensionalidad del tema. La cuestión del mayor control, además, parece un diagnóstico que no se compadece con lo que sucede en la práctica. Según la percepción de varios de los interesados con los que se conversó durante la investigación, desde el punto de vista organizacional, de interés y de coordinación, la lucha anticontrabando de Colombia es muy buena. El problema, se considera, está del lado de los bajos costos y los altos beneficios que perciben las organizaciones criminales de contrabando. Además, algunas posiciones apuntaron a que la regulación de una expresión criminal reduce la capacidad de atacar otro tipo de criminalidades. Es decir, también hay un costo de oportunidad en relación con el “abanico” de alternativas que el gobierno pretende ofrecer en materia de seguridad.

Otra posición en defensa de mayores impuestos tiene que ver con el aspecto comparativo. Se menciona que, en términos comparativos, los precios de los cigarrillos colombianos siguen siendo más bajos que los del resto de la región. Si bien la comparación es útil en análisis de políticas públicas y, por lo tanto, en decisión, no se debe perder de vista los elementos propios de contextos diferentes. En el caso colombiano, por ejemplo, no puede perderse de vista su historia, sus realidades en relación con la criminalidad, su ubicación en la región y las características de los vecinos con los que cuenta y, como se ha enfatizado en este documento, las ideas socialmente compartidas, entre otras variables. Acá el mensaje no es necesariamente desechar este tipo de argumentación, pero sí mostrar que tampoco es completa ni agota la discusión al afirmarse que en otro país los cigarrillos son más costosos o que tienen más impuestos y que, por lo tanto, en Colombia, se pueden incrementar sin análisis de las múltiples variables.

El objetivo de esta investigación no es necesariamente abogar por la eliminación de los impuestos a los cigarrillos, pero sí llamar la atención sobre la necesidad de hacer un análisis multidimensional, que reconozca el control del consumo de este producto, como la intersección de las políticas de salud, fiscal y criminal. La utilización de solo una aproximación —porque es la que todos usan—, puede privarnos de alcanzar mejores resultados con aproximaciones diferentes y menores costos.

Con la evidencia acá aportada, no se trata solo de advertir sobre la relación entre más impuestos y contrabando de cigarrillos, sino de hacerlo en un contexto como el colombiano y de cuestionar si el costo realmente vale la pena. A partir de la evidencia encontrada, podría decirse que el Estado no solo no puede controlar el fenómeno, sino que, con las mejores intenciones, puede estar estimulando la actividad. Esta es la verdadera —y más grave— de las consecuencias no anticipadas.

III.8 Recomendaciones

Sobre los datos

- Creación de base de datos a nivel individual con variables de precios, patrones de consumo, sociodemográficas, perspectivas frente a consumo y actitudes frente a actividades ilegales.
- Centralización de datos de recaudo para varios años. Lo mismo en lucha contra el contrabando. Esto, a nivel departamental.
- Es necesario comenzar a construir bases de datos sólidas sobre estos temas, incorporando todo tipo de variables.
- Debe rastrearse el entramado institucional (esto es, el conjunto de reglas) con el que cuenta el país para enfrentar el tabaquismo y su relación con variables como las acá estudiadas y otras que aparezcan en futuras investigaciones.

Sobre futuras investigaciones

- Metaanálisis global de efectos de regulaciones contra el cigarrillo y cumplimiento de objetivos.
- Metaanálisis nacional de lo anterior y de estimación de elasticidades.
- Seguimiento de dinámicas en relación con la lógica de proceso acá planteado. En particular, es deseable contar con investigaciones futuras que midan los efectos territoriales que tienen los impuestos a los cigarrillos, el contrabando y el recaudo de las entidades locales.
- Estimación de impuesto “óptimo”. Un enfoque para este estudio debe tener énfasis territorial y reconocer las tensiones entre los impuestos nacionales y los territoriales.
- Relación entre concepción sobre la necesidad de regular el consumo de bienes no saludables y efectos en tomadores de decisiones.
- Estimación de la magnitud de causalidad. Se recomienda que, con una sólida base de datos, se haga a nivel individual. Una aproximación para incorporar la multicausalidad es la que han hecho autores como Acemoglu & Robinson en algunos de sus estudios sobre dependencia del sendero institucional, a través de variables instrumentales. Debido al carácter territorial del fenómeno y de sus dinámicas, se pueden adelantar investigaciones experimentales de la reacción del contrabando en el ámbito local y su dimensión social en el sentido de la relación que tiene el fenómeno con las sociedades en cada territorio.

Sobre la regulación de cigarrillos ley anticontrabando

- En caso de preferirse una vía de mano dura en contra del contrabando, es ineludible la reducción de impuestos al cigarrillo. Esto, claro está, debe sopesarse con los objetivos en materia de salud pública, de obligaciones internacionales del país en relación con la lucha contra el tabaquismo y de viabilidad política. Sin embargo, es importante tener en cuenta también el efecto del contrabando sobre todas las anteriores, su penetración en el país y su relación con otras dinámicas de violencia y crimen.
- La lucha contra el contrabando tiene un fuerte componente de percepción de ciudadanos frente a esta actividad. A pesar de la limitada evidencia sobre la efectividad de campañas de sensibilización a ciudadanos en diversos aspectos, podría generarse un nuevo intento. Sin embargo, no sobra señalar que ninguna de estas medidas adicionales será efectiva sin que exista una reducción de impuestos a los cigarrillos.
- Introducir en las discusiones sobre abordaje del asunto del contrabando elementos que incorporen una aproximación desde fallas de la regulación y el principio de consecuencias no anticipadas.

Sobre impuestos a los cigarrillos

- Es necesario evitar mayores incrementos hasta tanto no se desarrolle una verdadera discusión sobre el tema, más allá de consideraciones morales o que solo contemplan el “deber ser” internacional.
- El tema del consumo y los efectos dañinos sobre la salud son incuestionables. Esta debería ser la prioridad de la política pública. En este sentido, es necesaria una mayor creatividad que la existente hasta el momento en la generación de política e incentivos que realmente disuadan a potenciales y actuales fumadores. No obstante, los cambios en patrones de consumos y preferencias pueden estar en camino, como resultado de transformaciones sociales. Esta es una aproximación de largo plazo.
- Incluir como insumos, análisis de impuestos óptimos y evaluaciones de impacto que tengan en cuenta la complejidad del fenómeno y su multicausalidad. La discusión a partir de agregados y promedios, eliminando variación entre grupos demográficos, oscurece los efectos que deben ser estudiados y tenidos en cuenta en cualquier análisis de costo-beneficio.
- Más que tener en cuenta los incrementos visibles de recaudo, se debe tener en cuenta que: 1. Si la consideración es más recaudo, no se puede vender la política como destinada a reducir el consumo. Es una contradicción. 2. Por cada incremento, hay un recaudo potencial perdido. El análisis realmente importante se da por lo que no es visible: el costo de oportunidad. 3. Hay consideraciones de distribución de ingresos que afectan a los departamentos menos ricos y a grupos sociales vulnerables. 4. Desde la óptica del costo de oportunidad, si los ingresos departamentales hoy son altamente dependientes de, por ejemplo, los impuestos a los cigarrillos, esto no quiere decir que no se pueda recaudar más con menores impuestos o que esa *deba* ser la única fuente, ni la principal.

III.9 Referencias

- Abouk, R. & Adams, S. (2017). Compliance Inspections of Tobacco Retailers and Youth Smoking. *American Journal of Health Economics*, 3(1), 10 – 32.
- Abrevaya, J. & Puzello, L. (2012). Taxes, Cigarette Consumption, and Smoking Intensity: Comment. *American Economic Review*, 102(4), 1751 – 1763.
- Adda, J. & Cornaglia, F. (2013). Taxes, Cigarette Consumption, and Smoking Intensity: Reply. *American Economic Review*, 103(7), 3102 – 3114.
- Adda, J. & Cornaglia, F. (2010). The Effect of Bans and Taxes on Passive Smoking. *American Economic Journal: Applied Economics*, 2(1), 1 – 32.
- Adda, J. & Cornaglia, F. (2006). Taxes, Cigarette Consumption, and Smoking Intensity. *American Economic Review*, 96(4), 1013 – 1028.
- Allcott, H., Lockwood, B.B. & Taubinsky, D. (2019). Should We Tax Sugar-Sweetened Beverages? An Overview of Theory and Evidence. *Journal of Economic Perspectives*, 33(3), 202 – 227.
- Angrist, J.D. & Pischke, J.S. (2015). *Mastering Metrics. The Path from Cause to Effect*. Estados Unidos: Princeton University Press.
- Bardsley, P. & Olekalns, N. (1999). Cigarette and Tobacco Consumption: Have Anti-Smoking Policies Made a Difference?. *The Economic Record*, 75(230), 225 – 240.
- Black, P. & Mohamed, A. (2006). ‘Sin Taxes’ and Poor Households: Unanticipated Effects. *South African Journal of Economics*, 74(1), 131 – 136.
- Bishop, J.M. (2018). Does Cigarette Smuggling Prop Up Smoking Rates?. *American Journal of Health Economics*, 4(1), 80 – 104.
- Boadway, R. & Sato, M. (2009). Optimal Tax Design and Enforcement with an Informal Sector. *American Economic Journal: Economic Policy*, 1(1), 1 – 27.
- Buchanan, J.M. (1973). The Institutional Structure of Externality. *Public Choice*, 14, 69 – 82.
- Camerer, C., Issacharoff, S., Loewenstein, G., O’Donoghue, T. & Rabin, M. (2003). Regulation for Conservatives. Behavioural Economics and the case for ‘Assymetric Paternalism’. *University of Pennsylvania Law Review*, 151, 1211-1254.
- Coase R., Ragni, L. & Romani, P.M. (1992). Le Problème du coût social. *Revue française d’économie*, 7(4), 153 – 193.
- Cotti, C., Nesson, E. & Tefft, N. (2016). The Effects of Tobacco Control Policies on Tobacco Products, Tar, and Nicotine Purchases among Adults: Evidence from Household Panel Data. *American Economic Journal: Economic Policy*, 8(4), 103 – 123.
- DeCicca, P. & Kenkel, D. (2015). Synthesizing Econometric Evidence: The Case of Demand Elasticities Estimates. *Risk Analysis*, 35(6), 1073 – 1085.
- DeCicca, P., Kenkel, D. & Mathios, A. (2002). Putting Out the Fires: Will Higher Taxes Reduce the Onset of Youth Smoking?. *Journal of Political Economy*, 110(1), 144 – 169.
- Dunning, T. (2012). *Natural Experiments in the Social Sciences. A Design-Based Approach*. Reino Unido: Cambridge University Press.
- “El impuesto a las bebidas azucaradas no es un capricho”. (noviembre 22 de 2016). *Boletín de Prensa*, 244. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/El-impuesto-a-las-bebidas-azucaradas-no-es-un-capricho.aspx>
- “El impuesto al cigarrillo cumple sus promesas”. (18 de enero de 2020). *El Tiempo*. Recuperado de www.eltiempo.com
- Evans, W.N., Ringel, J.S. & Stech, D. (1999). Tobacco Taxes and Public Policy to Discourage Smoking. *Tax Policy and the Economy*, 13, 1 – 55.
- Farhi, E. & Gabaix, X. (2020). Optimal Taxation with Behavioral Agents. *American Economic Review*, 110(1), 298 – 336.
- Gallego, J.M., Llorente, B., Maldonado, N., Otálvaro-Ramírez, S. & Rodríguez-Lesmes, P. (2020). Tobacco Taxes and Illicit Cigarette Trade in Colombia. *Economics and Human Biology* (Aún no publicado).
- Gallet, C.A. & List, J.A. (2003). Cigarette Demand: A Meta-Analysis of Elasticities. *Health Economics*, 12, 821 – 855.

- García-Jimeno, C. (2016). The Political Economy of Moral Conflict: An Empirical Study of Learning and Law Enforcement Under Prohibition. *Econometrica*, 84(2), 511 – 570.
- Giné, X., Karlan, D. & Zinman, J. (2010). Put Your Money Where Your Butt is: A Commitment Contract for Smoking Cessation. *American Economic Journal: Applied Economics*, 2(4), 213 – 235.
- Goldin, J. & Homonoff, T. (2013). Smoke Gets in Your Eyes: Cigarette Tax Salience and Regressivity. *American Economic Journal: Economic Policy*, 5(1), 302 – 336.
- Goolsbee, A., Lovenheim, M.F. & Slemrod, J. (2010). Playing with Fire: Cigarettes, Taxes, and Competition from the Internet. *American Economic Journal: Economic Policy*, 2(1), 131 – 154.
- Guindon, G.E., Paraje, G.R. & Chaloupka, F.J. (2015). The Impact of Prices and Taxes on the Use of Tobacco Products in Latin America and the Caribbean. *American Journal of Public Health*, 105(3), 9 / 19.
- Hallward-Driemeier, M. & Pritchett, L. (2015). How Business Is Done in the Developing World: Deals versus Rules. *Journal of Economic Perspectives*, 29(3), 121- 140.
- Hansen, B., Sabia, J.J., & Rees, D.I. (2017). Have Cigarette Taxes Lost Their Bite? New Estimates of the Relationship between Cigarette Taxes and Youth Smoking. *American Journal of Health Economics*, 3(1), 60 – 75.
- Harding, M., Leibtag, E. & Lovenheim, M.F. (2012). The Heterogeneous Geographic and Socioeconomic Incidence of Cigarette Taxes: Evidence from Nielsen Homescan Data. *American Economic Journal: Economic Policy*, 4(4), 169 – 198.
- Harris, J.E. (1987). The 1983 Increase in the Federal Cigarette Excise Tax. *Tax Policy and the Economy*, 1, 87 – 111.
- Jensen, R. & Lleras Muney, A. (2012). Does Staying in School (and Not Working) Prevent Teen Smoking and Drinking?. *Journal of Health Economics*, 31(2012), 644 – 657.
- Khawaja, A., Sloan, F. & Wang, Y. (2009). Do Smokers Value Their Health and Longevity Less?. *The Journal of Law and Economics*, 52(1), 171 – 196.
- Irvine, I. & Sims, W. (2014). The Simple Analytics of Tobacco Taxation with Illegal Supply. *Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'économique*, 47(4), 1153 – 1172.
- LaFaive, M.D., Nesbit, T. & Drenkard, S. (2016). *Cigarette Taxes and Smuggling: A 2016 Update*. Michigan: Mackinac Center for Public Policy.
- LaFaive, M.D., Fleenor, P. & Nesbit, T. (2008). *Cigarette Taxes and Smuggling: A Statistical Analysis and Historical Review*. Michigan: Mackinac Center for Public Policy.
- Levy, H.G., Norton, E.C. & Smith, J.A. (2018). Tobacco Regulation and Cost-Benefit Analysis: How Should We Value Foregone Consumer Surplus?. *American Journal of Health Economics*, 4(1), 1 – 25.
- Liran, E., Knoepfle, D., Levin, J. & Sundaresan, N. (2014). Sales Taxes and Internet Commerce. *American Economic Review*, 104(1), 1 – 26.
- Llorente, B. (2016). *Medición integral del comercio ilícito para un monitoreo efectivo de las políticas de control de tabaco*. Colombia: Fundación Anáas.
- López, A. (2002). How important are tobacco prices in the propensity to start and quit smoking? An analysis of smoking histories from the Spanish National Health Survey. *Health Economics*, 11(6).
- Maldonado, N., Llorente, B., Deaza, J. (2016). Impuestos y demanda de cigarrillos en Colombia. *Pan American Journal of Public Health*, 40(4), 229 – 236.
- Markowitz, S., Adams, E.K., Dietz, P.M., Kannan, V. & Tong, V.T. (2013). Tobacco Control Policies, Birth Outcomes, and Maternal Human Capital. *Journal of Human Capital*, 7(2), 130 – 160.
- Nesson, E. (2017). The Impact of Tobacco Control Policies on Adolescent Smoking. Comparing Self-Reports and Biomarkers. *American Journal of Health Economics*, 3(4), 507 – 527.
- O'Donoghue, T. & Rabin, M. (2003). Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes. *Behavioural Economics, Public Policy, and Paternalism*, 93(2), 186 – 191.
- O'Donoghue, T. & Rabin, M. (1999). Procrastination in Preparing for Retirement. en H., Aaron (Ed.). *Behavioural Dimensions of Retirement Economics*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 125 – 156.
- de Paula, A. & Scheinkman, J.A. (2010). Value-Added Taxes, Chain Effects, and Informality. *American Economic Journal: Macroeconomics*, 2(4), 195 – 221.
- “Reforma tributaria no incluye impuestos al cigarrillo”. (octubre 12 de 2014). *Dinero*. Recuperado de <https://www.dinero.com/economia/articulo/impuestos-cigarrillo-colombia/203933>

- Rico, D.M., Wiesner, D. & Giraldo, F. (2019). *El contrabando de cigarrillos entre Panamá y Colombia*. (Documento inédito). Bogotá: Instituto de Ciencia Política.
- Rico, D.M. & Wiesner, D. (2018). *El contrabando de cigarrillos y el crimen organizado en Colombia y Ecuador*. Bogotá: Instituto de Ciencia Política.
- Rozema, K. & Ziebarth, N.R. (2017). Taxing Consumption and the Take-up of Public Assistance: The Case of Cigarette Taxes and Food Stamps. *The Journal of Law and Economics*, 60(1).
- Saving, T.R. (1976). The Legal and Illegal Markets for Taxed Goods: Pure Theory and an Application to State Government Taxation of Distilled Spirits: Comment. *The Journal of Law and Economics*, 19(2).
- Slemrod, J. (2007). Cheating Ourselves: The Economics of Tax Evasion. *Journal of Economic Perspectives*, 21(1), 25 – 48.
- Thaler, R.H. & Sunstein, C.R. (2003). Libertarian Paternalism. *American Economic Review*, 93(2), 175 – 179.
- Viscusi, W.K. (1999). The Governmental Composition of the Insurance Costs of Smoking. *The Journal of Law and Economics*, 42(2), 575 – 610.
- Viscusi, W.K. (1995). Cigarette Taxation and the Social Consequences of Smoking. *Tax Policy and the Economy*, 9, 51 – 101.
- White, J.S. & Ross, H. (2015). Smokers' Strategic Responses to Sin Taxes: Evidence from Panel Data in Thailand. *Health Economics*, 24(2), 127 – 144.
- Zostman, F.T., Gavrilova, E. & Hopland, A.O. (2018). Estimating Both Supply and Demand Elasticities Using Variation in a Single Tax Rate. *Econometrica*, 86(2), 763 – 771.

IV. SEGUNDA PARTE. EFECTOS, IMPACTOS, VACÍOS Y ASPECTOS DE MEJORA FRENTE A LA LEY 1762 DE 2015. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y SANCIONATORIOS EN LA LUCHA ANTICONTRABANDO

Por: César Camilo Cermeño

IV.1 Alcance de la investigación

El propósito de la presente investigación se centra en los siguientes puntos:

- Revisar los efectos, impactos y vacíos de la Ley 1762 de 2015 para identificar aspectos a mejorar, particularmente en cuanto a los procedimientos sancionatorios en materia penal y administrativa, así como la forma de modificar la norma con el fin de dotar de mejores herramientas a las autoridades y entes territoriales para que puedan participar de manera más coordinada y eficiente en los procesos anticontrabando.
- Elaborar un documento de orientación política en el que se propongan una serie de recomendaciones de política pública y desarrollo legislativo (Anteproyecto de ley para modificar la Ley 1762 de 2015) encaminadas a mejorar las capacidades normativas e institucionales tanto del sector público como privado, en aras de combatir eficazmente el contrabando de cigarrillos, desde una perspectiva orientada a minimizar los factores que generan las externalidades que fomentan este fenómeno criminal. Se tendrán en cuenta fenómenos disruptivos en las dinámicas del comercio ilícito con el fin de elaborar propuestas normativas y procedimentales al respecto.

Adicionalmente, se tomará en cuenta la tensión existente en el marco de los llamados impuestos pigouvianos (aquellos que se crean para efectos de corregir una externalidad negativa), que se manifiesta en este caso en la intención de gravar a una mayor medida ciertos hábitos de consumo, logrando adicionalmente un aumento del recaudo, sin que esto acarree un costo tan excesivo en la tasa impositiva se convierta que los consumidores opten por sustituir el mercado legal por el ilegal (el contrabando o sustancias ilícitas).

Para estos últimos efectos, se analizará la eficiencia normativa y operativa ante el contrabando del régimen relacionado con el impuesto al consumo, que es el instrumento fiscal por excelencia que se concibe para gravar productos especialmente susceptibles de contrabando y que, además, tienen un impacto en la salud pública, como lo son los cigarrillos, la cerveza y los licores.

Esta aclaración es importante por cuanto otras disposiciones, como la contenida en el artículo 88-1 del Estatuto Tributario, que en su reglamento (Decreto 416 de 2000) expresamente consagra que los cigarrillos son productos “*calificados de contrabando masivo*”, tienen un impacto directo en las empresas relacionadas con la producción y comercialización de este tipo de bienes, pero su finalidad no refleja las dificultades operativas, así como tampoco las tensiones entre políticas de salubridad, recaudo y combate al contrabando que sí evidencia el impuesto al consumo.

IV.2 Problema jurídico planteado

De manera expresa, la Comisión de Estudio del Sistema Tributario Territorial, en su informe final, señala una teleología en donde se da prioridad al aumento del impuesto al tabaco sobre los problemas de evasión, elusión e ilegalidad que se produce: “*la evidencia ha mostrado que gravar el consumo de tabaco produce beneficios incluso en la presencia de evasión y elusión de impuestos (National Cancer Institute and World Health Organization, 2016)*”.

Desde esta perspectiva, existe la política tributaria frente a los cigarrillos, la cual se ha desligado de la lucha anticontrabando de una manera, al parecer, consciente por parte del Estado. Señala el mismo informe que, por ejemplo, aunque el aumento de la tasa tributaria significó un ascenso en la tasa del contrabando de más del 85%, “*esta evidencia sugiere que hay espacio para aumentar estos impuestos, acrecentar los beneficios en la salud pública y el recaudo, con un costo reducido en términos de contrabando*”.

Las conclusiones de esta comisión contrastan con las arrojadas por la Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria, que en varios apartes promovió, bajo la óptica fiscal, herramientas armónicas con la política criminal contra el contrabando, que alertaba, con cifras anteriores a 2015, que el impacto de esta práctica equivalía “*a cerca de 2% del PIB y 10% de las importaciones*”. Igualmente, citaba a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que advertía sobre las dificultades de supervisión del contrabando en zonas francas⁸. Todo lo anterior llevaba a que se concluyera que “*la Comisión considera que el Gobierno debe avanzar en el desmonte del régimen preferencial de la zona de frontera*”.

En ese sentido, vale la pena destacar la importancia de estudiar la problemática bajo una óptica que articule ambas políticas públicas: la criminal y la fiscal.

El caso colombiano ha demostrado que, si bien la penalización puede servir de instrumento de disuasión en determinadas conductas, el resultado es que las normas no se aplican, lo cual puede advertirse en el número de condenados que por el tipo penal de contrabando existen en Colombia.

Por su parte, la Ley 1762 de 2015 - Anticontrabando, en su artículo 1º expresamente consagra que su finalidad es

⁸ De hecho, hay estudios de otras entidades que incluso ignoran este supuesto, como se encuentra en el Informe de seguimiento al cumplimiento del convenio marco de la OMS para el control del tabaco en Colombia, elaborado por la Defensoría del Pueblo en 2017, en donde expresamente se señala que la “*Defensoría del Pueblo destaca que no hay evidencia empírica que demuestre con certeza suficiente que la medida de aumentar impuestos a estos productos generaría un supuesto aumento del contrabando o una supuesta disminución en el recaudo*”.

modernizar y adecuar la normativa existente a la necesidad de fortalecer la lucha contra la competencia desleal realizada por personas y organizaciones incursoas en operaciones ilegales de contrabando, lavado de activos y defraudación fiscal.

La ley moderniza y adecua la normativa necesaria para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, la defraudación fiscal y el favorecimiento de esas conductas; para fortalecer la capacidad institucional del Estado; para establecer mecanismos que faciliten que los autores y organizaciones dedicadas o relacionadas con este tipo de actividades sean procesadas y sancionadas por las autoridades competentes; y para garantizar la adopción de medidas patrimoniales que disuadan y castiguen el desarrollo de esas conductas.

En este orden de ideas, existe un reconocimiento claro en la Ley Anticontrabando de luchar, prevenir, controlar y sancionar una conducta claramente perjudicial contra los intereses del Estado, que a su vez parece ser desconocida o minimizada por una política fiscal que privilegia el recaudo y el desestímulo al consumo.

Sin embargo, este enfoque desconoce que las dos políticas públicas no pueden bifurcarse, cuando precisamente la Ley 1762 de 2015 tiene clara incidencia en la operatividad que vincula la tríada recaudo-control-sanción (que también puede reformularse como obligación – fiscalización y control – sanción penal o administrativa) del impuesto al consumo de cigarrillos⁹.

En este orden de ideas, el estudio se enfocará en la pregunta jurídica y de política pública sobre cómo lograr conciliar los mecanismos de lucha contra el contrabando con un sistema tributario eficiente, simple y eficaz que permita conciliar la tensión entre una política de salud, un interés recaudatorio y la minimización del impacto de prácticas corrosivas ilegales.

IV.3 Decálogo de la revisión a una política

La perspectiva que se utilizará para analizar la política de control al contrabando, conciliando el interés en los intereses de salud pública y recaudo del impuesto al consumo tendrá como ejes centrales los siguientes fines:

- **Eficiencia en el recaudo, fiscalización y control:** Existen muchos planos normativos sobre los que gira la legislación del impuesto al consumo y la del contrabando, que se cruzan y desprenden en diferentes puntos. Asimismo, existe normativa que se superpone (remisiones al Estatuto Aduanero, a ordenanzas, al Estatuto Tributario y a leyes independientes) que parecieran justificar un marco normativo único e integrado, debidamente coordinado por las diferentes esferas administrativas. Entre menos interpolaciones, remisiones y redundancias existan, mayor será el éxito de la política será, ya que la proliferación normativa (que hoy podríamos describir como confusa, profusa y difusa) en nada contribuye a la seguridad jurídica.
- **Simplicidad:** Actualmente, aunque se ha avanzado en correctivos en el flujo de la información y la operatividad para los sujetos pasivos, el impuesto al consumo involucra sistemas complejos de recaudo, declaración y fisuras en los instrumentos de determinación, aforo y sanción. Se evaluará si la política anticontrabando promueve o minimiza esta complejidad.
- **Coherencia:** No pueden existir antinomias, aspectos ambiguos, lagunas o contradicciones entre las diferentes políticas, razón por la cual la congruencia y coherencia sistémica es un valor en sí mismo, ya que evita las diferencias de interpretación razonables, la elusión o la imposibilidad de aplicación.

⁹ Precisamente, la Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria manifestaba su preocupación, analizando el impuesto al consumo, sobre “*las debilidades de la administración central y de las territoriales en el control del contrabando*”

- Trazabilidad: Tanto para la administración tributaria, como para los entes que ejercen la política criminal, resulta crucial conocer la manera en que se importa, distribuye, transporta y comercializa el producto.
- Equidad: Todos los actores legales —agentes estatales, empresas y consumidores— concuerdan en la necesidad de asociarse para evitar prácticas irregulares que permitan la evasión de impuestos o la omisión en el cumplimiento de las medidas sanitarias. Sin embargo, no puede perderse de vista el carácter garantista que debe ofrecerse a las empresas formales que participan en la cadena de comercialización del producto. Igualmente, deben considerarse precios que no fomenten aumentos en el contrabando ni lleguen a puntos de irracionalidad en donde los consumidores opten por sustituir su consumo por otras sustancias más perjudiciales.

Igualmente, la política no puede desconocer criterios en donde las jurisdicciones territoriales obtengan los ingresos que le corresponden en justicia.

- Tecnicidad: El problema exige conocimientos de derecho penal, derecho tributario, derecho aduanero, derecho de la competencia y derecho administrativo, por lo que los diferentes actores están bajo la exigencia de conocer las particularidades de cada uno de estos ámbitos.

Problemáticas complejas exigen soluciones integradas. Evitar que un impuesto recaiga en dos hechos generadores iguales, evitar que se burle el principio de oportunidad o que se infravalore la mercancía aprehendida exige una conciliación de lenguajes y metodologías.

Entre mayor sincronía exista entre sistemas, mayor rigor en la aplicación de la normativa.

- Alcance, cobertura y discriminación: Es necesario acordar cuáles son los grupos de interés para definir el impacto y alcance normativo que debe dársele a la legislación. Para lo anterior, es de vital importancia entender cuáles son los puntos críticos (*pain points*) que tienen tanto las entidades departamentales como los sujetos pasivos del tributo como tenedores de la mercancía.

Este informe permite entender que existe una complejidad del sistema por cuanto remite a otras normas en el ordenamiento para su correcta aplicación.

Frente al contrabando, debe diferenciarse entre la responsabilidad, peligrosidad y grado de participación de los actores.

Es necesario estudiar si el impuesto al consumo puede permitir identificar diferenciaciones entre cigarrillos, cerveza y licores, así como cuáles son los diferentes actores implicados —Departamentos, DIAN, Policía, empresas legales, transportadores, grupos irregularidades, consumidores y Fiscalía, entre otros—, para definir el grado de control en cada caso.

- Limitaciones normativas: Las normas deben poder ser aplicables y evitar ser fácilmente burladas.

Existen disposiciones que pueden fallar en su aplicación, por lo que es necesario partir de los problemas reales para encontrar las soluciones normativas y no invertir el proceso.

Siempre debe plantearse el problema bajo los siguientes términos: ¿la solución está en la norma o en la aplicación de la misma?

- Costos administrativos y empresariales: Si bien puede existir una fragmentación en el recaudo, dependiendo de las jurisdicciones interesadas, el control, la supervisión y la fiscalización deben ser eficientes en términos administrativos.

- Legitimidad: Todos los propósitos de las políticas fiscales, sanitarias y anticontrabando son válidos y legítimos, pero no puede diseñarse una política pública que cree resistencia a nivel social o por los actores legales involucrados en el proceso.

IV.4 El problema de los aspectos no regulados

En los siguientes capítulos, como se anticipó, revisaremos algunos aspectos relacionados con las potenciales dificultades de aplicación de la normativa existente. Igualmente, evidenciaremos algunas fisuras, antinomias o dificultades hermenéuticas al respecto.

Adicionalmente, trataremos algunos retos frente a la regulación que deben ser puestos a consideración, concentrándonos en las materias que se escapan del espectro normativo y, por ende, quedan ajenas al alcance de las normas.

En este sentido, la Ley 1762 de 2015 no considera tres fenómenos que, aunque parecieran estar relacionados por un adjetivo común, son radicalmente diferentes y plantean problemáticas propias:

- El comercio electrónico de cigarrillos
- La regulación de los cigarrillos eléctricos o vapeadores
- La notificación electrónica y el procedimiento digital o virtual.

La anotación anterior frente a la confusión de los términos no es anecdótica: la mayoría de estudios que existen sobre el comercio en línea o en internet de cigarrillos se centran y se limitan a estudiar el fenómeno frente a los cigarrillos electrónicos, olvidando que los canales digitales sirven también como portal de negociación de tabaco tradicional, escapando del control de las autoridades y promoviendo el contrabando.

Aunque se podrían citar varias referencias, mostraremos esta confusión latente en dos fuentes. En primer lugar, la Comisión del Estudio del Sistema Tributario Territorial hace referencia exclusivamente a los dos últimos puntos señalados (regulación de cigarrillos electrónicos y uso de la tecnología en los procedimientos administrativo), ignorando completamente el fenómeno del contrabando mediante la venta de tabaco tradicional por internet y su impacto en el impuesto al consumo. En segundo lugar, y esto es recurrente en la literatura, el Informe de seguimiento al cumplimiento del convenio marco de la OMS para el control del tabaco en Colombia, elaborado por la Defensoría del Pueblo, se avala la lucha en materia de control de tabaco, pero se pide profundizar en materia de etiquetado y empaquetado (lo que impacta en el sector formal) y en los vacíos normativos, pero centrándose exclusivamente en el fenómeno del cigarrillo electrónico.

Considerando lo anterior, analizaremos las tres lagunas (ventas de cigarrillos por internet, regulación de cigarrillos electrónicos y procedimiento electrónico) en diferentes momentos del estudio.

La venta de cigarrillos electrónicos será abarcada en el capítulo de las problemáticas del contrabando y las propuestas de mejoras, la regulación de los cigarrillos electrónicos —que escapa a este estudio— será estudiada frente a la tributación del cigarrillo y el uso de mecanismos electrónicos en la discusión administrativa será estudiado en el acápite procesal.

IV.5 Diagnóstico de las sanciones contenidas en la Ley 1762 de 2015

El régimen sancionatorio contenido en la Ley 1762 de 2015 involucra diferentes espectros normativos y vincula castigos contra los infractores desde la óptica penal, tributaria y de derecho comercial.

Por esto, conviene, inicialmente, estudiar cada uno de los marcos sancionatorios existentes y, posteriormente, detectar cuáles problemas pueden surgir en relación con cada uno de ellos, para analizarlos desde la óptica propia de sus regímenes y competencias.

1. Disposiciones penales

Desde la óptica penal, la Ley 1762 de 2015 creó un catálogo de hechos punibles vinculados al objeto que persigue esta norma con las siguientes tipologías:

- Contrabando
- Contrabando de hidrocarburos y sus derivados
- Favorecimiento y facilitación del contrabando
- Favorecimiento del contrabando de hidrocarburos o sus derivados
- Fraude aduanero
- Favorecimiento por servidor público
- Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados
- Lavado de activos
- Concierto para delinquir
- Receptación

Frente a todo este catálogo de hechos punibles, puede predicarse la teleología descrita por la Corte Constitucional en su sentencia C-191 de 2016, una en las que más se ha estudiado estas disposiciones:

*El bien jurídico protegido por los delitos de contrabando, favorecimiento al contrabando y lavado de activos es el orden público económico y social que consiste en una serie de condiciones de interés general necesarias para el correcto ejercicio de las libertades, en concreto, de las libertades económicas, a través de la “organización y planificación general de la economía instituida en un país”. Se trata de descripciones típicas que imponen límites a la libertad económica en pro de la legalidad del tráfico de bienes y servicios, las condiciones de competencia leal, la protección de la empresa y del trabajo legales. Estos delitos también buscan proteger el patrimonio público que se ve mermado por estas actividades que evaden el pago de aranceles y tributos. De esta manera, se concluye que estos delitos cumplen con el componente de **exclusiva protección de bienes jurídicos**, del principio de necesidad de las penas.*

Cada una de estas tipologías tiene un desarrollo único que conviene presentar, advirtiendo que en este primer momento nuestro abordaje será descriptivo, pero reflejará cómo ha evolucionado, en un corto periodo, la política al respecto.

De hecho, el Consejo Superior de Política Criminal en su estudio al *Proyecto de Ley No. 092 de 2015 Senado “por medio del cual se previene, controla y sanciona adecuadamente el delito de contrabando, protegiendo el comercio justo e incentivando la formalización al pequeño y mediano comerciante (prevención del contrabando)”*, bajo el concepto No. 16.04 del año 2015, advierte cómo la conducta de contrabando en un lapso de quince años presentó modificaciones que reflejan las fluctuaciones en la evolución normativa:

Tabla 1. Evolución de los marcos punitivos para los delitos de contrabando y relacionados

PENAS DE PRISIÓN	Proyecto de Código		Ley 599 de 2000		Ley 788 de 2002		Ley 890 de 2004		Ley 1762 de 2015		Propuesta	
	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx	mín	máx
Contrabando 1	3	6	3	5	3	5	4	7,5	4	8	3	5
Contrabando 2	0	0	5	8	5	8	6,6	12	4	8	4	11.75
Contrabando 3	0	0	4,5	8,7	4,5	8,7	6	13,1	9	12	0	0
Contrabando 4	0	0	7,5	14	7,5	14	9,9	21	9	12	0	0
Contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	3	5	4	7,5	4	8	0	0
Contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	5	8	6,6	12	3	5	0	0
Contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Contrabando de hidrocarburos 4	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0
Favorecimiento de contrabando 1	1	3	1	3	1	5	1,3	7,5	3	6	3	5
Favorecimiento de contrabando 2	0	0	0	0	0	0	0	0	6	10	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	3	6	4	9	4	8	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0
Defraudación a las rentas de aduana/// Fraude aduanero	0	0	5	8	5	8	6	12	8	12	0	0
Favorecimiento por servidor público 1	0	0	0	0	0	0	0	0	4	8	5	10
Favorecimiento por servidor público 2	0	0	5	8	5	8	6,6	12	0	0	8	10
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 1	0	0	0	0	0	0	0	0	5	9	0	0
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 2	0	0	0	0	0	0	0	0	10	14	0	0
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos 3	0	0	0	0	0	0	0	0	12	16	0	0

0= no existe pena de prisión o la propuesta no contiene una regulación; 0= la única pena principal es multa

Fuente: elaboración propia

El examen de esta tabla ya nos permite arribar a algunas conclusiones, que presentaremos posteriormente.

Dados los alcances de este documento, no entraremos a estudiar lo relacionado con los delitos vinculados a los hidrocarburos y sus derivados.

Cabe señalar en este momento que los delitos que a continuación se estudian se observan desde la óptica del impuesto al consumo, especialmente, frente a los cigarrillos, lo cual no resulta una obviedad, ya que usualmente el contrabando y demás delitos se ligan exclusivamente a los derechos de aduanas e IVA a la importación¹⁰.

La Corte Constitucional, conociendo una demanda contra el artículo 4° de la Ley 1762 de 2015, señaló al respecto que:

El contrabando, desarrollado a gran escala, afecta gravemente al aparato productivo colombiano, en la medida en que los industriales y agricultores deben entrar a competir en condiciones de marcada desventaja, dado que sus productos deben ser vendidos a un mayor precio, debido a la respectiva carga tributaria asumida

El impacto fiscal de las empresas que compiten legalmente es la reducción de la participación en el mercado, la disminución de sus utilidades, la pérdida de empleos, entre otros.

*Al mismo tiempo, el contrabando afecta gravemente las finanzas del Estado colombiano en dos niveles: nacional y departamental. La Nación deja de percibir importantes recursos, que deberían entrar a sus arcas, debido al pago de aranceles, impuesto de valor agregado y renta. **A su vez, las entidades territoriales no recaudan recursos muy significativos, en especial, en productos tales como cigarrillos y licores, faltantes que terminan afectando el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales.** (Sentencia C-203/2016). (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

1.1. Delitos en la Ley 1762 de 2015

1.1.1. Contrabando

Como ya señalamos anteriormente, el contrabando usualmente se liga a conductas que buscan evitar el control y supervisión de la autoridad en operaciones de comercio exterior, erosionando el recaudo de este modo, lo que tiene un alto impacto negativo en las finanzas del Estado. A pesar de no ser un tributo aduanero, el impuesto al consumo no es ajeno a la configuración del contrabando, dado que también participa de las operaciones de comercio exterior, pues el impuesto se produce (en el caso del cigarrillo extranjero) en el momento de su importación:

El contrabando es una acción que pretende evitar el control de la Autoridad durante las operaciones de importación y exportación y, como resultado, provoca un perjuicio económico para las arcas del Estado.

Esta menor disponibilidad de ingresos fiscales, a su vez, limita la capacidad del Estado para la prestación de servicios públicos, como educación, salud, seguridad y justicia (Coyoy, García & Rayo, 2014) y pone en riesgo

¹⁰ Artículo 3° del Decreto 1165 de 2019:

“Tributos aduaneros. Los derechos de aduana y todos los otros derechos, impuestos o recargos percibidos en la importación o con motivo de la importación de mercancías, salvo los recargos cuyo monto se limite al costo aproximado de los servicios prestados o percibidos por la aduana por cuenta de otra autoridad nacional.

El impuesto a las ventas causado por la importación de las mercancías al territorio aduanero nacional, está comprendido dentro de esta definición.

No se consideran tributos aduaneros las sanciones, las multas y los recargos al precio de los servicios prestados.”

al país, por eludir, entre otros, los controles sanitarios. El contrabando se asocia con aquellos productos o artículos que no pagan impuestos en la importación, por lo que inicialmente están ligados a una forma de evadir el pago de los tributos aduaneros (IVA y derechos de aduana), aunque no se limita a estos.

El sujeto activo o acreedor de los tributos aduaneros es la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales según los diferentes Estatutos Aduaneros que han existido en los últimos años, Decreto 1165 de 2019, Decreto 390 de 2016 y Decreto 2685 de 1999 -Estatuto Aduanero Colombiano-, mientras que el sujeto pasivo o deudor de estos impuestos es el importador, los declarantes de un régimen aduanero, los operadores de comercio exterior y toda persona que en desarrollo de su actividad haya intervenido de manera indirecta en el cumplimiento de cualquier formalidad, trámite u operación aduanera; y la causa remota se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos de aduana en Colombia, como son la Ley 7 de 1991, la Ley 170 de 1994, el Decreto 4927 de 2011, la Ley 1609 de 2013-Ley Marco de Aduanas- y el Estatuto Aduanero (Pardo, 2009).

Por lo que, el contrabando es un delito aduanero en razón a que su comisión conlleva el incumplimiento de obligaciones jurídicas, tales como: (i) no se realiza una obligación que se tiene como contribuyente cuya prestación es de dar o pagar los derechos de aduana; (ii) el incumplimiento de una obligación de hacer, que consiste en rendir información cierta a la aduana para que esta lleve a cabo efectivamente su función de control de las mercancías que entran y salen del territorio aduanero colombiano; y (iii) el incumplimiento de una obligación de prestación de no hacer, que es la de abstenerse de realizar la introducción o extracción del territorio aduanero colombiano de mercancías por zona secundaria aduanera, es decir, por un lugar que no está habilitado por la aduana para ejercer tales actividades.

Si bien el impuesto al consumo no es un tributo aduanero, lo cierto es que participa y tiene incidencia en esta actividad por cuanto el mismo se causa en momento en el que ingresan y se nacionalizan en el país los cigarrillos, cerveza o licores importados. Esto ocurre aun cuando el producto haya pagado los impuestos aduaneros, pues entra a Zonas Francas con el propósito de ser reexportado sin embargo termina colándose al mercado colombiano sin pagar impuesto al consumo.

Con base en todo lo anterior, se entiende que el contrabandista se apropia de la contribución que el Estado tiene derecho a recibir y que este podría usar, ya sea para suplir los gastos de su funcionamiento o para la prestación de los derechos constitucionalmente reconocidos mediante los distintos servicios públicos que brinda a las personas. Pero, además, el contrabando no permite que se materialice la función extrafiscal de los derechos de aduana por ir en contra de los resultados económicos que busca el Estado con su política económica, pues este delito incrementa el desempleo y deteriora la producción nacional en detrimento del orden económico y social, debido a que el no pago de derechos de aduana acarrea que las mercancías contrabandeadas tengan precios más bajos al competir con otras en el territorio aduanero colombiano y sean por ello preferidas por los consumidores, produciendo esto, una disminución en los ingresos de las empresas nacionales que sí pagan sus contribuciones y ejecutan sus actividades comerciales en el marco legal, viéndose estas en la necesidad de reducir el número de sus trabajadores o incluso dejar de operar por insolvencia.

En últimas, “el contrabando es una manera sucia de ganar dinero y altamente perjudicial para el país” (Ferreira, 2006, p. 58)

(Subrayado y negrillas nuestras)¹¹

Con base en lo anterior, puede concluirse que el tipo penal del contrabando protege el bien jurídico del orden económico social:

Trátase [sic] el orden económico social - sin dar por superada la controversia o dificultad en encontrar un criterio unánime para delimitar el bien que es objeto de garantía - de ser comprendido en sus dos diversas connotaciones, esto es, tanto referido a la libertad de competencia económica dentro de los límites que la dirección general de la economía que corresponde al Estado y que ejerce mediante su permanente intervención con miras a racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción,

¹¹ Propuestas y recomendaciones impuesto al consumo de cigarrillos para ser presentadas a la comisión de expertos en materia territorial, mayo de 2020, EY.

distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, como también respecto de la actividad económica privada en concreto.

De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado

(Corte Suprema de Justicia, fallo del 21 de julio de 2004, p19702).

Ahora bien, la tipificación del delito del contrabando ha fluctuado varias veces en los 20 años que la norma tiene de vida.

En un primer momento, el artículo 319 de la Ley 599 de 2000 contenía la siguiente redacción:

ARTÍCULO 319. El que en cuantía entre cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados o del valor FOB de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.

Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

PARAGRAFO 1o. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de fronteras de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

PARAGRAFO 2o. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

Se observa en esta primera configuración que existía un escalonamiento de las penas según el valor de la mercancía. Igualmente, se consagraba un tope en la imposición de la pena, que podría aumentar cuando se demostrara que el sujeto era reincidente.

Finalmente, es importante señalar que, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos de origen tributario, como los del agente retenedor o recaudador, la omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, o la defraudación tributaria, quedaba estipulado que la legalización de las mercancías no extingue la acción penal.¹² En este sentido, el carácter del delito no es persuasivo (un medio para presionar el pago del impuesto), sino represivo.

¹² "ARTICULO 402. OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR. <Artículo modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

PARÁGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o

Posteriormente, una reforma tributaria, la Ley 788 de 2002, modificó el artículo para rebajar las bases de las conductas sujetas al tipo penal:

ARTICULO 319. CONTRABANDO. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.

Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

PARÁGRAFO 1o. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de fronteras de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal

Frente a esta disminución, una de las críticas constantes que se presentan contra una *base* en el delito (puesto que solo aplica cuando se supere el valor de los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes) radica en que quienes realizan este tipo de conductas fragmentan la mercancía. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta posición cuenta con la bendición jurisprudencial dada por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-191 de 2016:

“Como se puede ver, el recurso a la represión penal ha respetado el principio de subsidiariedad ya que no ha sido utilizada como prima, sino como ultima ratio, luego de constatar la utilidad, pero insuficiencia de los otros instrumentos para luchar eficazmente contra el contrabando, su

cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”

“ARTÍCULO 434A. OMISIÓN DE ACTIVOS O INCLUSIÓN DE PASIVOS INEXISTENTES. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 2010 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

PARÁGRAFO 2o. La acción penal se extinguirá cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes, siempre y cuando esté dentro del término para corregir previsto en el Estatuto Tributario y, en todo caso, realice los respectivos pagos de impuestos, sanciones tributarias e intereses correspondientes.”

“ARTÍCULO 434B. DEFRAUDACIÓN O EVASIÓN TRIBUTARIA. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 2010 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

PARÁGRAFO 2o. La acción penal se extinguirá cuando el contribuyente presente o corrija la declaración o declaraciones correspondientes, siempre y cuando esté dentro del término para corregir previsto en el Estatuto Tributario y, en todo caso, realice los respectivos pagos de impuestos, sanciones tributarias e intereses correspondientes.”

favorecimiento y el lavado de activos. Además, en lo que respecta al contrabando y su favorecimiento, la subsidiariedad de la represión penal se demuestra por el hecho de que sólo se sanciona la realización de dichos comportamientos, cuando el valor aduanero de la mercancía supere los 50 smlmv.”

Posteriormente, la Ley 890 de 2004 aumentó las penas del delito:

ARTÍCULO 319. <Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 788 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con penas adicionadas es el siguiente:> El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.

Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

PARÁGRAFO 1o. Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de fronteras de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

Finalmente, la Ley 1762 de 2015 modificó nuevamente la norma, esta vez ampliando el radio de cobertura de la conducta lesiva, modificando los verbos *importar* y *exportar* por *introducir* y *extraer* y dándole un nuevo alcance aduanero a la conducta al no solamente señalar una consecuencia frente al ingreso en zona primaria aduanera¹³, sino también estableciendo como agravante el tener una calificación aduanera especial: Usuario Altamente Exportador, Usuario Aduanero Permanente¹⁴, Operador Económico Autorizado¹⁵, los Usuarios de Confianza¹⁶ y cualquier operador sujeto a un régimen especial aduanero.

¹³ Decreto 1165 de 2019, artículo 3º:

Zona Primaria Aduanera. Es aquel lugar del Territorio Aduanero Nacional, habilitado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para la realización de las operaciones materiales de recepción, almacenamiento, movilización o embarque de mercancías que entran o salen del país, donde la administración aduanera ejerce sin restricciones su potestad de control y vigilancia.

También se considera Zona Primaria Aduanera el área declarada como Zona Franca, para efectos del ejercicio de la potestad de control y vigilancia por parte de la autoridad aduanera.

¹⁴ Las figuras de Usuario Altamente Exportador y Usuario Aduanero Permanente fueron creadas por los artículos 28, 29, 35 y 36 del Decreto 2685 de 1999; sin embargo, el Decreto 390 de 2016 determinó un lapso para que las mismas dejaran de existir en el ordenamiento jurídico, periodo que vencería en 2020.

¹⁵ Artículo 1º del Decreto 3568 de 2011: “se entiende por Operador Económico autorizado, la persona natural o jurídica establecida en Colombia, que siendo parte de la cadena de suministro internacional, realiza actividades reguladas por la legislación aduanera o vigiladas y controladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, la

De este modo, la configuración normativa vigente del delito es la siguiente:

ARTICULO 319. CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.

PARÁGRAFO. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

Dirección General Marítima o la Aeronáutica Civil, que mediante el cumplimiento de las condiciones y los requisitos mínimos establecidos en el presente decreto, garantiza operaciones de comercio exterior seguras y confiables y, por lo tanto, es autorizada como tal por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

¹⁶ *“En 2015, en uno de los últimos borradores de lo que fue el derogado decreto 390 de 2016, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, incluyó en el texto, los importadores, exportadores y operadores de comercio exterior de confianza, en adelante los usuarios de confianza.*

Estas figuras se ajustaban a las disposiciones del Convenio de Kyoto Revisado, que por la fecha se intentaba integrar con el régimen de aduanas, en tanto su reconocimiento reposaba en el perfil de riesgo del declarante u operador, a diferencia de los usuarios aduaneros permanentes – UAP, y altamente exportadores – ALTEX, que dependían del número de operaciones y el patrimonio; y un poco más similar a los criterios para obtener la autorización como operador económico autorizado – OEA.

(...)

Luego, en 2016 fue finalmente expedida la “nueva regulación aduanera” y entraron en vigor el 22 de marzo del mismo año, entre unos pocos otros artículos, los tratamientos especiales, que incluía los OEA, usuarios de confianza y los exportadores autorizados. No obstante, no lo hicieron en la misma línea los beneficios de cada uno, como es el desaduanamiento abreviado, pues quedaron dispuestos a las reglas de la aplicación escalonada que trataba el artículo 674.

(...)

En julio de este año (2019), fue expedido el decreto 1165, el cual entró en vigencia el dos de agosto y derogó los usuarios de confianza, que como indicamos, solo fueron una “expectativa” que no se llegó a cumplir, pues a pesar de que existían en el ordenamiento desde hace más de tres años, nunca se materializaron y ahora varias empresas que esperaron pacientemente dicha calificación entrarán en una carrera contra el tiempo para obtener el OEA y así preservar los beneficios.” Juan Diego Cano García, Director de Asuntos Legales de Analdex, en “La breve historia de los usuarios de confianza” <https://www.analdex.org/2019/10/15/usuarios-de-confianza/>

La doctrina ha señalado que los dos primeros incisos de la norma definen los dos tipos de contrabando que existen: el contrabando abierto y el técnico.

Analizando los incisos anteriores [los dos primeros del artículo 4º de la Ley 1762 de 2015] y con base en lo expuesto en el documento Tipologías de lavado de activos relacionadas con contrabando elaborado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unidad de Información y Análisis Financiero (2006), se puede afirmar que en Colombia existen dos clases de contrabando, ya que el primer inciso del artículo antes citado establece el contrabando abierto y el segundo inciso de este el contrabando técnico.

Luego, el contrabando abierto es la introducción o extracción de mercancías gravadas por el Estado a través de lugares no habilitados por la autoridad aduanera –es decir, a través de zona secundaria aduanera–, eludiendo de esta forma a la aduana y haciendo que esta no realice su función de control sobre tales mercancías.

Por su parte, el contrabando técnico consiste en introducir o extraer del territorio aduanero colombiano mercancías gravadas por el Estado a través de lugares habilitados para ello por la autoridad aduanera –esto es, a través de zonas primarias aduaneras–, ya sea ocultando las mercancías para que no sean vistas por la aduana, disimulándolas entre otras cuando se estén inspeccionando o sustrayéndolas de los lugares en que se almacenan después de su decomiso, pero en cualquier caso buscando que la autoridad aduanera no realice a cabalidad su función de control sobre las mercancías¹⁷

Esta norma (en su última redacción) ha sido demandada en diferentes oportunidades ante la Corte Constitucional, que la ha declarado exequible sus diferentes apartes en las siguientes sentencias:

Aparte demandado	Decisión	Sentencia
<p>ARTÍCULO 4o. CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>"Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.</p> <p>En (sic.) que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en</p>	<p>Declarar EXEQUIBLES los incisos 1, 2 y 3 del artículo 4 de la Ley 1762 de 2015, por los cargos analizados.</p>	<p>Sentencia C-191/16</p>

¹⁷ Juan José Peña, Luisa Fernanda Martínez y Luis Alejandro Peña, *Delito aduanero de contrabando: identificación de los elementos de su tipo penal en Colombia*, en Revista Prolegómenos: Derechos y valores, página 138, 2018, I.

Aparte demandado	Decisión	Sentencia
<p>cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.</p> <p>Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.</p>		
<p>ARTÍCULO 4o. CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>“Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.</p> <p>En que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la</p>	<p>Primero. Declarar ESTARSE A LO RESUELTO en sentencia C-191 de 2016, que declaró exequible el artículo 4° de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de legalidad</p> <p>Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 4° de la Ley 1762 de 2015, por el cargo de violación del principio de violación del principio de razonabilidad.</p>	<p>Sentencia C-203/16</p>

Aparte demandado	Decisión	Sentencia
<p>regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.</p> <p>Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.</p> <p>Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.</p> <p>PARÁGRAFO. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal”.</p>		

Dentro de este mapa jurisprudencial, puede señalarse que la Corte Constitucional ha concluido que el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, con las modificaciones efectuadas por la Ley 1762:

- Respeto el principio de necesidad de la intervención penal.
- No viola el principio de legalidad.
- Observa el principio de culpabilidad.
- Respeto los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal.
- No vulnera los principios, valores y preceptos constitucionales, incluido el bloque de constitucionalidad, especialmente, subsidiariedad, confianza legítima y *non bis in idem*.
- *“Configura una medida razonable, idónea y necesaria para alcanzar finalidades legítimas desde la perspectiva constitucional, que buscan proteger a los sectores productivos del país y cuidar las finanzas del estado derivadas de los aranceles y otros recursos tributarios”*.¹⁸

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2016.

Por esto, el análisis crítico de esta norma, más allá de su configuración jurídica, se centrará en su eficacia, idoneidad, conveniencia y los resultados arrojados.

1.1.2. Favorecimiento y facilitación del contrabando

Este delito subyacente al del contrabando, como señaló el Ministerio de Justicia ante la Corte Constitucional en su intervención en una demanda contra la norma que analizaremos, tiene una lógica que parte de entender que “*la configuración del delito de favorecimiento o facilitación del contrabando, obedece a que el fenómeno del contrabando confluyen varios sujetos, el importador o exportador, el transportador y el comercializador, además de otras personas que les ayudan en estas actividades y en el almacenaje de las mercancías*”.

Frente a la conducta que describe este delito, puede señalarse que “*consagra los siguiente nueve verbos rectores: poseer, tener, transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir y enajenar. Para que la realización de estos verbos rectores sea una conducta típica, la misma debe recaer sobre mercancías que se encuentren en el territorio nacional debido a la comisión del delito del contrabando. Esto quiere decir que para que haya delito de favorecimiento y facilitación del contrabando es necesaria la existencia de un delito previo de contrabando*”¹⁹.

La historia de este delito, contenido en el artículo 320 del Código Penal, tiene un devenir similar al del contrabando, con múltiples variaciones en su redacción legislativa.

En efecto, en la Ley 599 de 2000 se contempló positivamente este desarrollo:

ARTÍCULO 320. El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes importados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de pena de multa establecido en este código.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (1) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del estatuto tributario.

Como una réplica a lo sucedido en el delito de contrabando, para lograr una homogeneización en el régimen, la Ley 788 de 2002, bajó la cuantía del delito a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes:

ARTICULO 320. FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.

¹⁹ David Rueda Mantilla, *Manual de Derecho Penal Tributario en Colombia*, Tirant Lo Blanch, páginas 189 y siguientes, Bogotá, 2020.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (1) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario.

Como sucedió con el delito de contrabando, posteriormente fueron aumentadas las penas aplicables a su favorecimiento:

ARTICULO 320. FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 788 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con las penas aumentadas es el siguiente:>

El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses y multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (1) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario.

La Ley 1111 de 2006, de conformidad con la modificación al artículo 868-1 del Estatuto Tributario, modificó los valores de varias normas que venían en valores de pesos o salarios mínimos legales por Unidades de Valor Tributario, afectando entonces las referencias de este delito para transformarlas a esa unidad de medida.

Finalmente, la Ley 1762 de 2005 replanteó algunos postulados del delito para presentar su redacción actual, en la que vuelve al lenguaje de los salarios mínimos (aunque la anterior norma continúa vigente y es aplicable, ordenando su traducción a UVT):

ARTÍCULO 320. FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que posea, tenga, transporte, embarque, desembarque, almacene, oculte, distribuya, enajene mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de seis (6) a diez (10) años, y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario.

Al igual que en la anterior disposición (contrabando), se actualiza el lenguaje y se precisan algunos verbos que no estaban expresamente incluidos en anteriores redacciones, como embarcar o desembarcar, al igual que se presentan nociones técnicas aduaneras referidas al ingreso a zonas primarias aduaneras.

Esta norma también ha sido objeto de demandas de inconstitucionalidad, habiéndose declarado exequible, especialmente por su conexidad con el delito de contrabando, razón por la cual varias de las consideraciones sobre la misma se identifican con el examen de constitucionalidad del delito principal.

Frente a la misma, se resalta el test realizado por la Corte Constitucional para determinar, en la sentencia C-191 de 2016, que la misma tenía una finalidad constitucional que además resultaba un instrumento idóneo para conseguir el fin propuesto por el legislador:

(i) Finalidad

34. La exposición de motivos del proyecto de ley que finalmente se convirtió en la Ley 1762 de 2015, pone de presente que con estas medidas legislativas se pretendía la "(...) protección de la industria nacional de la competencia desleal derivada de las Conductas Perseguidas, (iv) atacar las conductas que por medio del comercio delictivo y la competencia desleal contribuyen a la financiación del lavado de activos, del terrorismo y del crimen organizado, y (iv) bloquear las fuentes de financiación de los grupos armados o delincuenciales cuyo accionar pone en jaque la seguridad del Estado y de los ciudadanos". En efecto, explica que la industria nacional resulta gravemente afectada por las ventajas ilegales que produce el contrabando, para quienes ofrecen en el mercado productos importados que ingresan al país sin el pago de aranceles y tributos, lo que les permite fijar precios más bajos que los propuestos por la industria nacional. Este tipo de competencia desleal, por ilegal, afecta, a la vez, la generación y conservación de las fuentes de empleo legal en el país. Agrega la exposición de motivos, que la lucha contra las distintas etapas del contrabando busca la protección de las finanzas públicas, a través de la mejora del recaudo que genera la disminución de estos delitos.

35. De la lectura de la exposición de motivos se evidencia que la norma cuya constitucionalidad se encuentra controvertida pretende la tutela del orden público económico y social, de interés especial de protección constitucional, dentro del marco de intervención del Estado en la economía, previsto en el artículo 334 de la Constitución, esto es, con el fin de "racionalizar la economía (...) en un marco de sostenibilidad fiscal" (...) "para dar pleno empleo a los recursos humanos (...) También para promover la productividad y competitividad". Estas finalidades perseguidas por el legislador en este caso apuntan todas a la realización de postulados del Estado Social de Derecho, el que se funda, entre otros, en el trabajo y la prevalencia del interés general (artículo 1 de la Constitución). Además, las finalidades enunciadas concuerdan con los fines esenciales del Estado, previstos en el artículo 2 de la norma superior, particularmente, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, como es el caso del trabajo, derecho y deber constitucional (artículo 25 de la Constitución) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Así, al tratarse de comportamientos lesivos del interés general presente en las finanzas públicas, la protección de la industria nacional, la libre, sana, legal y leal competencia y la convivencia pacífica, las finalidades perseguidas por el legislador son legítimas y esenciales desde el punto de vista constitucional. Esto quiere decir que la finalidad buscada por el legislador al tipificar el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, no consiste en "evitar que se introduzca y comercialice al interior del país, mercancías ingresadas ilegalmente o que han evadido el control aduanero", como de manera equivocada lo sostienen los demandantes, sino perseguir y sancionar comportamientos cuya realización afecta intereses legítimos, como la producción nacional y la sana competencia.

(ii) Idoneidad

36. En segundo lugar, es necesario determinar si los instrumentos utilizados por el legislador son adecuados para la consecución de los fines constitucionales identificados en este fallo. Dentro de la discrecionalidad propia del legislador en la determinación de la política punitiva del Estado, el legislador recurrió, entre otras medidas, a la modificación de la definición típica del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, a través de la reforma de verbos rectores y otros elementos descriptivos del hecho punible, así como la

modificación de las penas aplicables. También, en cuanto al del delito de favorecimiento del contrabando, se amplió su definición para incluir la facilitación del contrabando, a través de nuevos verbos como el embarque y el desembarque y, aunque mantuvo un trato diferenciado frente a la pena principal del contrabando, respecto de su favorecimiento y la facilitación, equiparó la pena accesoria de multa en ambos delitos.

37. La adecuación de las descripciones típicas de los delitos busca, a partir de la legalidad que impide al operador jurídico de la norma perseguir y sancionar por comportamientos no previamente tipificados, ofrecer a la Fiscalía y a los jueces penales instrumentos suficientes para la persecución y sanción de los comportamientos que el Congreso considera gravemente lesivos de intereses jurídicos superiores. También, el aumento de las penas es un instrumento adecuado para que la sanción penal cumpla con sus finalidades de retribución justa y prevención general negativa y prevención especial negativa, previstas en el artículo 4 del Código Penal. En este sentido, la exposición de motivos de la ley, así como estudios referidos de la DIAN, ponen de presente la necesidad de ampliar y modernizar los instrumentos penales para una sanción más eficaz de estos comportamientos que responda a la evolución de las dinámicas delictivas en materia del comercio exterior. Por otra parte, debe tomarse en consideración que la persecución y sanción eficaz del contrabando y su favorecimiento, generan disminución en la evasión de aranceles y tributos y, por lo tanto, mejoran el estado de las finanzas públicas, al tiempo que protegen la industria nacional, frente a la competencia desleal que les formula el comercio de contrabando.

38. La idoneidad de esta herramienta para combatir estos males que afectan fines de interés general, se evidencia entonces en cuanto que, si bien no se trata del único instrumento del que dispone el Estado para alcanzar estas finalidades, sí es parte importante en el engranaje de mecanismos en la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior y, por consiguiente, en la consecución de los otros fines de protección de la industria nacional, el empleo, las finanzas públicas y la lucha contra las otras formas de delito.

39. Es cierto que la configuración del sistema penal significa la determinación de límites a la libertad, como en este caso, a la libertad económica, pero debe recordarse que no existen derechos ni libertades absolutos. Los límites establecidos por el legislador a la libertad, no pueden ir hasta el punto de anularla, lo que sería evidentemente desproporcionado. La libertad de empresa permite la determinación de límites razonables y proporcionados que consulten el interés general previsto en su función social y, de esta manera, esta libertad no puede legítimamente proteger la realización de actividades dolosas que atentan contra valores esenciales de la sociedad, identificados por el legislador, a través del manejo de la política punitiva. Por la misma razón, esta Corte declaró la constitucionalidad de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, respecto de los cargos de afectación a la propiedad privada, la que al recaer sobre mercancías objeto de contrabando o fruto de los otros delitos subyacentes al lavado de activos, no merece la protección constitucional, según el artículo 58 de la Constitución el que, solamente tutela la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles y, de manera más general, con justo título, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Bajo esta misma línea argumentativa, esta Corte también declaró que no resulta desproporcionada la limitación al derecho al trabajo pues "(...) aunque la Constitución le reconozca a toda persona el derecho al trabajo y la libertad a ejercer profesión u oficio, ello implica no sólo asumir una serie de responsabilidades inherentes al ejercicio lícito de su derecho, sino el cumplimiento de deberes correlativos para con la sociedad".

40. Por estas razones, esta Corte concluye que las limitaciones a la libertad de empresa, propias de la tipificación del delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, no son inconstitucionales, porque pretenden fines constitucionales y recurren a medios idóneos para alcanzarlos. No se trata de una limitación que anule la libertad económica, sino que la encausa hacia el interés general y la legalidad. Esta descripción típica no persigue el comercio legal, sino aquel que afecte el orden público económico; por el contrario, lo favorece. Por consiguiente, se trata de una medida proporcionada y, en lo que respecta a este cargo, los apartes normativos demandados serán declarados exequibles".

1.1.3. Fraude aduanero

Inicialmente llamado *defraudación a las rentas de aduana*, el fraude aduanero tiene su origen en la Ley 599 de 2000, cuya redacción original era la siguiente:

ARTICULO 321. DEFRAUDACION A LAS RENTAS DE ADUANA. El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el menor valor de los tributos aduaneros declarados corresponda a controversias sobre valoración, error aritmético en la liquidación de tributos o clasificación arancelaria, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley.

Las penas contenidas inicialmente en esta ley fueron aumentadas mediante la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 321. ARTICULO 321. DEFRAUDACION A LAS RENTAS DE ADUANA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el menor valor de los tributos aduaneros declarados corresponda a controversias sobre valoración, error aritmético en la liquidación de tributos o clasificación arancelaria, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley.

Finalmente, la Ley 1762 de 2015 modificó diferentes aspectos de la norma, incluyendo el nombre del delito, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 321. FRAUDE ADUANERO. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el valor distinto de los tributos aduaneros declarados corresponda a error aritmético en la liquidación de tributos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley.

Esta última redacción tiene cinco diferencias sustanciales con la anterior descripción normativa:

Analizando de manera conjunta las dos versiones del tipo penal, se puede observar como ambas coinciden en penalizar una acción humana exteriorizada, que puede consistir en una acción positiva o negativa, que lleva al pago de tributos aduaneros inferiores a los estipulados por la ley mediante fraude, entendido de manera genérica como una especie delictiva basada en el engaño, con el fin de lograr un beneficio indebido que de otra manera no se hubiese podido lograr su obtención.

En cuanto al dolo, las dos versiones no traen cambios significativos porque en ambos se exige una intención del agente de no cumplir con su obligación arancelaria, dejando de pagar los tributos aduaneros y/o de beneficiarse indebidamente de un mejor tratamiento arancelario.

Se observa también que para ambos delitos, el núcleo de la acción típica consiste en realizar un fraude, destinado a inducir en error a la Administración Aduanera, lo que incide negativamente en la determinación de la cuantía de obligaciones aduaneras, traduciéndose así en un beneficio indebido para alguien, en perjuicio del erario público, pero también afectando y poniendo en riesgo el orden económico en general.

Ahora bien, se analizan las siguientes diferencias:

1. Para el caso del antiguo delito de Defraudación a las Rentas de Aduana, esta obligación aduanera se limitaba únicamente a los tributos aduaneros que el importador estuviera obligado a pagar; espectro que claramente se extiende en el nuevo tipo de fraude aduanero, toda vez que no se limita el tipo solo al menor pago de tributos aduaneros, sino de derechos y/o gravámenes aduaneros. Conceptos que serán precisados más adelante.

2. Otra diferencia observada entre el delito de Defraudación a las Rentas de Aduana y el de fraude aduanero trata sobre sus verbos rectores. En la redacción original, el legislador optó por sancionar el acto de declarar tributos aduaneros, mientras que para el nuevo artículo se penaliza suministrar, manipular u ocultar información. Esto implica que, mientras que en la Defraudación a las Rentas de Aduana se castigaba únicamente el engaño en el momento y acto de la declaración de importación ante la Autoridad Aduanera, en el fraude aduanero se busca reprimir al sujeto que con ardid, pretenda desplegar mediante cualquier medio engañoso una acción u omisión tendiente a hacer ver una situación falsa como verdadera y determinante para el cumplimiento fraudulento de sus obligaciones aduaneras.

3. Esta diferencia, que pudiera parecer semántica, realmente transforma la penalización del contrabando técnico ya que, antes este se consumía solo al dejar de pagar total o parcialmente los tributos aduaneros con la presentación de una declaración de importación de carácter fraudulenta que como documento, amparaba la mercancía que sería introducida al país. En su lugar, bajo el nuevo tipo de fraude aduanero, la acción del autor ya no culmina con la presentación física de la declaración de importación, sino que su ámbito se amplía no solo a la presentación de este documento sino a otros documentos soportes de la declaración de importación, que dan lugar a que el importador pueda aducir fraudulentamente el pago de un menor valor.

También se amplía a otros momentos donde no solo tenga la obligación de presentar información sino aquellas circunstancias donde la Autoridad Aduanera le requiera suministrar información para efectos de fijar los pagos aduaneros que le corresponden.

4. Si bien no hubo cambios en la fijación de la cuantía del delito y este sigue exigiendo que la defraudación sea superior a veinte (20) smmlv, se resalta que el delito de fraude aduanero precisa que este cálculo debe hacerse sobre el valor real de la mercancía. Se destaca, como un hecho importante, que el nuevo delito haya utilizado estos términos, ya que es plenamente coherente con la obligación establecida por numeral 2º, literal a) del artículo VII, sobre Valoración Aduanera, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), de 1994, que fue incorporado a la legislación colombiana en virtud de la Ley 170 de 1994. Esto se traduce en que el operador judicial deberá utilizar las normas de valoración en aduana que ha fijado la OMC para determinar el valor de la mercancía y, consecuentemente, la cuantía del delito. A pesar de que este es un aspecto valioso del nuevo delito, representa un gran desafío para el ente investigador y para el juez que analice el caso, toda vez que las normas sobre valoración aduanera son un conjunto complejo de normas que provienen de la OMC, Comunidad Andina (CAN) y legislación aduanera nacional, que constituyen por si sola un rama [sic] sub-especializada del derecho.²⁰

Como quinta diferencia, en la nueva redacción se elimina del párrafo la inaplicabilidad cuyo origen hace referencia a controversias de valor o clasificación arancelarias. Esta omisión resulta preocupante pues son aspectos bastante generalizados en materia aduanera y que tienen una naturaleza técnica y de diferencia de criterio.

²⁰ Carolina Solano y José Ignacio Lombana, *Comentarios sobre el nuevo delito de fraude aduanero*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, No. 73. Noviembre de 2015, Disponible en: http://www.icdt.co/publicaciones/revistas/revista73/PUB_ICDT_ART_SOLANOMEDINACarolina_LOMBANASIERRAJoselgnacio_Comentariosobreelnuevodelitodefraudeaduanero_RevistaICDT73_Bogota_15..pdf

Finalmente, al señalarse los tributos causados en la importación, consideramos que aplica para el impuesto al consumo de cigarrillos.

1.1.4. Favorecimiento por servidor público

Este delito tiene una historia similar a las estudiadas previamente: una redacción original en la Ley 599 de 2000, una modificación para ampliar el espectro de aplicación en la Ley 788 de 2002, un aumento de penas en la Ley 890 de 2004 y, finalmente, un replanteamiento en la Ley 1762 de 2015:

Texto de la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 322. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.

Texto de la Ley 788 de 2002:

ARTICULO 322. FAVORECIMIENTO POR SERVIDOR PUBLICO. El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de cinco (5) a ocho años, multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho años.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.

Texto de la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 322. <Artículo modificado por el artículo 73 de la Ley 788 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de

cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.

Finalmente, la Ley 1762 replanteó el delito de la siguiente manera:

ARTICULO 322. FAVORECIMIENTO POR SERVIDOR PUBLICO. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El servidor público que colabore, participe, embarque, desembarque, transporte, distribuya, almacene, oculte, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor real de la mercancía involucrada sea inferior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor real supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor real supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de prisión de once (11) a quince (15) años, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero del objeto de la conducta.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este Código.

Al respecto, existe una controversia frente a las diferencias entre este delito y el de favorecimiento del contrabando, considerando que se especifica el sujeto de la conducta, pero parecieran permanecer los verbos del delito. En este punto, concordamos con David Rueda en su análisis de este debate:

Debido a la compleja redacción del tipo penal de favorecimiento por servidor público, algunos autores han entendido que la conducta contemplada en este tipo se asemeja a la del tipo de favorecimiento y facilitación de contrabando con algunas disimilitudes en los verbos rectores y que la diferencia radica en la calificación que se hace del sujeto activo. Al respecto, el profesor Camilo Sampedro ha manifestado que el favorecimiento por servidor público es una forma especial “de favorecimiento, al igual que la establecida en el artículo 320, pero calificando funcionalmente al sujeto activo”.

Frente a esta postura es necesario manifestar que los dos tipos penales establecen conductas completamente diferentes. Mientras que el artículo 320 del Código Penal sanciona ciertas conductas que se realicen sobre mercancías que han sido objeto de un delito previo de contrabando, el artículo 322 del Código Penal sanciona ciertas conductas encaminadas a facilitar la introducción de mercancías por lugares no habilitados o evitando el respectivo control de las autoridades aduaneras. Por esta razón, no es aceptable la postura de que la diferencia entre los dos delitos es la cuantificación del sujeto activo, ya que las conductas tipificadas son muy diferentes²¹

1.1.5. Lavado de activos

Según la Corte Constitucional, el lavado de activos es descrito legislativamente como “*el hecho de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen en los delitos subyacentes enlistados o dar a dichos bienes apariencia de legalidad o legalizar, ocultar o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*” (Sentencia C-191 de 2016)²².

Como se verá a continuación, solo hasta la Ley 1762 de 2015 se incluyó el contrabando dentro de las conductas constitutivas del lavado de activos, lo cual resulta sorprendente cuando se tiene en cuenta que el contrabando de cigarrillos se relaciona íntimamente con otras actividades ilícitas cuando actúa como mecanismo de repatriación de capitales desde distintas jurisdicciones en la forma de bienes de consumo de distribución fácil y masiva (Fiscalía General de la Nación, 2018); así como en la etapa final de la cadena delictiva, cuando un porcentaje del cigarrillo vendido al por mayor es pagado con cheques (en dólares) que se revenden con una ganancia adicional, desde donde ingresan al torrente del sistema financiero colombiano simulando exportaciones. En este orden de ideas, está probado que el contrabando de cigarrillos ha sido utilizado para repatriar capitales y lavar las fortunas de grupos de narcotraficantes y de otros grupos armados ilegales, como las FARC y el Clan del Golfo (también conocido como Los Urabeños) (El Tiempo, 2014). Según El Tiempo (2014), criminales como los jefes del Frente 59 y el Frente 19 de las FARC, y alias Marquitos, de la banda Los Urabeños, han usado el comercio de cigarrillos ilegales para lavar el dinero de sus organizaciones. Inicialmente, este dinero provendría de extorsiones, del tráfico de cocaína y del contrabando de gasolina venezolana.

Sin embargo, como lo advertimos, en su historial normativo, el contrabando solo aparece dentro del delito de lavado de activos hasta 2015²³:

Texto de la Ley 599 de 2000:

²¹ David Rueda Mantilla, Ob. Cit. Página 194.

²² “*El delito de lavado de activos, blanqueo de capitales o reciclaje de dinero como también se le denomina, consiste en la operación realizada por el sujeto agente para ocultar dineros de origen legal en moneda nacional o extranjera y su posterior vinculación a la economía, haciéndolos aparecer como legítimos*”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de diciembre de 2013, proceso n. 39220

²³ La Corte Constitucional lo resume, en Sentencia C-191 de 2016, de la siguiente manera:

“Por su parte, respecto del lavado de activos, se trata de un comportamiento que fue tipificado como delito en artículo 9 de la Ley 365 de 1997 que introdujo “normas tendientes a combatir la delincuencia organizada”. El Código Penal de 2000, Ley 599, mantuvo la tipificación del delito en su artículo 323. Este artículo fue modificado por la Ley 733 de 2002, la Ley 747 de 2002, la Ley 890 de 2004, la Ley 1121 de 2006, la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción) y por la Ley 1453 de 2011. De esta manera, la Ley 1762 constituye la última etapa de esta evolución de la política punitiva en la materia. En esta oportunidad, el Congreso de la República agregó nuevos delitos subyacentes o fuente al lavado de activos, que las autoridades administrativas encargadas de la identificación y persecución del lavado de activos habían identificado como fuente de los recursos objeto de lavado de activos, pero no permitían su sanción como delito ya que no estaban previstos como tal en el Código Penal[50]: contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados. Esta evolución da cuenta del recurso constante al instrumento penal. No obstante, desde el 2006 (Ley 1121 de 2006) se implementaron una serie de medidas útiles, pero no suficientes, para combatir el lavado de activos, a través de instrumentos de orden administrativo y financiero”.

ARTÍCULO 323. El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

Texto original de la Ley 747 de 2002

ARTÍCULO 323. <Inciso 1o. adicionado por el artículo 8 de la Ley 747 de 2002. El texto adicionado y con las penas aumentadas es el siguiente:> El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta <sic>, en prisión de seis a quince años y multa de quinientos a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

Texto de la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 323. <Inciso 1o. adicionado por el artículo 8 de la Ley 747 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto adicionado y con

las penas aumentadas es el siguiente:> El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les de a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta <sic>, en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

Texto original de la Ley 1121 de 2006:

ARTÍCULO 323. <Inciso modificado por el artículo 17 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El que adquiriera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.

Texto original la Ley 1453 de 2011:

ARTÍCULO 323. <Inciso modificado por el artículo 42 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeren mercancías al territorio nacional.

El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeren mercancías de contrabando al territorio nacional.

Como advertimos al inicio de este capítulo, a pesar de la conexión entre el contrabando y el lavado de activos, el primero solo fue considerado como conducta constitutiva del segundo en 2015, con la Ley 1762:

ARTICULO 323. LAVADO DE ACTIVOS. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes ~~o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito~~, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

Esta disposición fue demandada considerando, según los actores, que vulneraba el derecho fundamental al *non bis in idem* al

configurar el contrabando y su favorecimiento como delitos que a su vez generan otro delito como es el lavado de activos", lo que incurre en la prohibición de "doblemente sancionar". En otros términos considera que prever como delitos subyacentes del lavado de activos, los delitos de contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando, desconoce la prohibición de bis in idem.

Sin embargo, en sentencia C-191 de 2016, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad bajo el siguiente análisis:

“En efecto, de una lectura analítica de los verbos rectores que definen estos dos delitos, se concluye con facilidad no sólo la coincidencia exacta de ciertos verbos, como es el caso de transportar y almacenar, que se incluye en la definición de ambos delitos, sino la presencia de verbos que pueden resultar sinónimos, los unos, de los otros. En el siguiente cuadro se pondrá en evidencia los verbos rectores que, en los dos delitos, pueden ser interpretados como descripciones del mismo hecho:

POSIBLES COINCIDENCIAS VERBALES EN AMBOS DELITOS

CONTRABANDO	FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DEL CONTRABANDO	LAVADO DE ACTIVOS
Posea Tenga		Adquiera (en cuanto el propietario puede ser poseedor) Resguarde Conserve
Transporte		Transporte
Embarque		
Desembarque		
Almacene		Almacene
Oculte Disimule Sustraiga	Oculte	Resguarde Transforme Custodie
Distribuya		Administre
Enajene		Invierta (es una forma de enajenación)

Como se puede observar, los verbos rectores a más de algunos ser idénticos, otros son sinónimos o podrían dar lugar a una interpretación similar, por lo que podría pensarse prima facie, en la vulneración del principio de non bis in idem. Sin embargo, debe advertirse que más allá de las coincidencias verbales, se trata de descripciones típicas que conservan su especificidad. Así, la realización de los verbos que describen el contrabando solamente adquiere connotación penal cuando se realicen en el contexto de la actividad de importación o exportación de mercancías. Este elemento lo especifica tanto respecto del favorecimiento y facilitación del contrabando, que se refiere a mercancías que ya "hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado

a zona primaria (...)", como del lavado de activos, el que describe, a través de estos verbos, la actividad realizada respecto de "bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de (...) contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando (...)". En otras palabras, no se viola el non bis in idem por tratarse de actividades realizadas en contextos diferentes.

Ahora bien, la diferenciación del comportamiento desplegado en el favorecimiento y facilitación del contrabando, respecto del lavado de activos, es más complejo. En efecto, los dos delitos se refieren a actividades desplegadas con posterioridad a la comisión del delito fuente contrabando y ambos se refieren a actividades desplegadas respecto de bienes fruto de un delito. No obstante, existe un criterio que determina la especificidad de cada uno de esos comportamientos y, en este sentido, la no vulneración del non bis in idem. El criterio se refiere a los bienes sobre los que recae cada delito. Para el caso del favorecimiento y facilitación del contrabando, se trata de poseer, transportar, embarcar, desembarcar, almacenar, ocultar, distribuir, enajenar mercancías objeto del contrabando, mientras que respecto del lavado de activos, se trata de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar, bienes que tienen su origen mediato o inmediato en actividades de, entre otros delitos, contrabando y favorecimiento y facilitación del contrabando.

Se trata entonces, en el primer caso, de los frutos directos del contrabando, mientras que, de los frutos directos o indirectos del contrabando o su favorecimiento y facilitación, en el segundo. Sin embargo, en el caso en el que las dos actividades recaigan sobre los mismos bienes, es decir, las mercancías que resultan del contrabando (frutos directos), frente a las que, por ejemplo, se realicen actividades descritas como favorecimiento y facilitación y, a la vez, como lavado de activos, por ejemplo, poseer dichos bienes y resguardarlos, le corresponderá al operador jurídico de la norma, fiscal y juez penal, en cada caso concreto, realizar una adecuación típica que garantice el non bis in idem en la aplicación de las reglas relativas al concurso de delitos, guiado por el criterio de especialidad o el de consunción, para imputar responsabilidad. Por estas razones, se declarará la exequibilidad de la norma.

1.1.6. Concierto para delinquir

Al igual que el delito de lavado de activos, el de concierto para delinquir²⁴ solo hasta 2015 incluyó en su descripción el contrabando, lo cual demuestra la intención de la Ley 1762 de ampliar el espectro de cobertura y alcance de este último.

En efecto, la redacción original de la Ley 599 de 2000 no incluía el contrabando en sus hipótesis fácticas:

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

²⁴ Sobre este delito, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, en sentencia SP 2634-2015, 11 mar. 2015, rad. 41443, que los elementos de dicha conducta punible son los siguientes:

"[...] el delito de concierto para delinquir requiere, como lo tiene decantado la Sala, de (i) un acuerdo de voluntades entre varias personas; (ii) una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; (iii) la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y (iv) que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (Cfr. CSJ, AP, jun. 25 2002, rad. 17089; SP, sep. 23 2003, rad. 19712; CE, jun. 22 2005, rad. 22626 y SP, jul. 15 2008, rad. 28362, entre otras. Sentencia C-241 del 20 de mayo de 1997)."

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Las subsiguientes modificaciones alteraron diferentes aspectos, sin tomar en cuenta el contrabando:

Texto modificado por la Ley 733 de 2002:

ARTICULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Texto de la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de noventa y seis (96) a doscientos dieciséis (216) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Texto de la Ley 1121 de 2006

ARTÍCULO 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

<Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Finalmente, la redacción establecida por la Ley 1762 de 2015 es la siguiente:

ARTICULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.1.7. Receptación

El delito de receptación es antiguo en nuestra legislación; de hecho, la Corte Constitucional ubica sus antecedentes en Colombia en 1890, aunque tiene precedentes aún más remotos:

La conducta de quien recibe el objeto material de un hecho punible a fin de ocultarlo, ayudar a ocultarlo no es novedosa en nuestro ordenamiento penal, pues ha venido siendo considerada como delictual desde hace mucho tiempo con diferentes tratamientos jurídicos y bajo la denominación de receptación.

Desde el derecho romano, este delito no era más que una modalidad de la participación en el ilícito encubierto, pues se consideraba que quien ayudaba al delincuente a obtener su impunidad o el fin propuesto con el delito, aunque no hubiera intervenido en su ejecución, prolongaba de esta forma el iter criminis más allá de los límites de la consumación. El Digesto trató de establecer una distinción entre los autores del hecho punible y los favorecedores “Los que acogen a los malhechores son una especie pésima de gentes, sin las cuales ninguno pudiera estar oculto mucho tiempo, y se manda ser castigados como ladrones”. Así se mantuvo, durante siglos, la confusión entre el culpable de atacar la propiedad privada y el que le facilitaba colaboración posterior a aquél, a pesar de las críticas que sobre el particular formuló Carrara.

(Sentencia C-205 de 2003)

Este delito incluyó en su descripción en 2015 ciertos productos sensibles a contrabando, como un elemento específico en la pena, como se observa en la siguiente línea normativa:

Texto original de la ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 447. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiriera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Texto de la ley 813 de 2003:

ARTICULO 447. RECEPCIÓN. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiriera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Texto de la Ley 890 de 2004:

ARTÍCULO 447. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiriera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

En este sentido, solo hasta 2015, la Ley 1762 incluyó un inciso referente a los cigarrillos dentro de los productos sobre los que recae una mayor dosificación de la pena.

ARTICULO 447. RECEPCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiriera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas,

telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

<Inciso adicionado por el artículo 13 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.

1.2. Problemas y propuestas en materia de delitos en la Ley 1762 de 2015

Las principales fisuras detectadas frente al marco anterior tienen que ver más con la efectividad y aplicación de las penas que con su configuración normativa, lo cual es preocupante, puesto que, aunque ya defendimos que el contrabando tiene una inevitable conexión con otros delitos como el lavado de activos, también se vincula a otros delitos como la corrupción, el fraude procesal, la extorsión, la minería ilegal y el ilícito de narcotráfico, puesto que diferentes estudios, como el ya citado de la firma de consultoría EY, han probado que en lugar de repatriar directamente todos los recursos en dólares provenientes de la venta de cocaína, los narcotraficantes invierten una parte del dinero en comprar productos que pueden ser introducidos al país para ser vendidos de contrabando y aumentar su ganancia. La gama de productos de contrabando es amplia: en Colombia se venden ilegalmente desde perfumes hasta textiles, pasando por productos electrónicos y combustible; indudablemente, este portafolio incluye también al tabaco ilegal. El cigarrillo de contrabando es particularmente atractivo para los contrabandistas, pues los altos impuestos hacen que la brecha de precio entre el producto ilegal y el producto legal sea muy grande, lo que incrementa la rentabilidad del producto ilegal y su competitividad en comparación con el producto legal.

Según un reporte de la Fiscalía General de la Nación, en el período comprendido entre **2010 y 2015** se presentaron 28.433 casos relacionados con los delitos que hemos estudiado y, de acuerdo con la información suministrada por el INPEC, en el **2015**, se registraba 89 ciudadanos sindicados con detención preventiva en establecimientos carcelarios y 101 ciudadanos condenados reclusos en establecimientos penitenciarios del orden nacional por los delitos de contrabando, favorecimiento del contrabando, contrabando de hidrocarburos y lavado de activos.

Tabla 3. Casos de contrabando y delitos asociados al mismo

MODALIDAD DELICTIVA	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
Receptación, 447	1192	1932	2425	2882	3853	1059	13343
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos, 320-1	1597	1140	1211	1114	1051	320	6433
Receptación de autopartes, 447	693	822	806	663	677	207	3868
Favorecimiento de contrabando, 320	469	435	460	323	241	46	1974
Contrabando, 319	292	329	213	278	272	61	1445
Contrabando de hidrocarburos, 319-1	243	95	109	86	47	18	598
Lavado de activos, 323	79	72	65	89	69	31	405
Lavado de activos en cuantía superior a 100 salarios, 323	90	37	32	47	15	1	222
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos por servidor público, 322-1	14	11	10	8	28	8	79
Favorecimiento por servicios público, 322	3	3	9	16	3	1	35
Defraudación a las rentas de la aduana, 321	4	2	1	5	2	0	14
Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos, 322-1, inc. 1	0	3	6	3	1	0	13
Comercialización de autopartes hurtadas, 447-A	0	0	2	2	0	0	4
Total general	4676	4881	5349	5516	6259	1752	28433

Fuente: elaboración propia con datos del sistema de información SPOA

Estos esfuerzos contrastan con los condenados por estos ilícitos:

MODALIDADES DELICTIVAS	Hombres		Mujeres		Total
	Sindicados	Condenados	Sindicadas	Condenadas	
Contrabando	4	2	0	0	6
Favorecimiento del contrabando	2	1	0	0	3
Contrabando de hidrocarburos	0	1	0	0	1
Favorecimiento del contrabando de hidrocarburos	10	13	0	0	23
Lavado de activos*	48	60	25	24	157
GRAN TOTAL	64	77	25	24	190

Fuente: elaboración propia con datos del SISPEP

La distancia entre el número de investigados y condenados que se aprecia en la tabla es muy dicente, y da cuenta de la existencia de una problemática en la manera en que el sistema responde a las investigaciones desarrolladas por las conductas detectadas.

Las cifras para el año **2017**, es decir dos años luego de la implementación de la Ley Anticontrabando (Ley 1762 de 2015), demuestran que no se había generado un mayor efecto disuasivo frente a este delito. Los registros del INPEC indican que en el sistema penal solo se encontraban en condición de condenados o sindicados 13 personas por el delito de contrabando (o delitos relacionados). De estas personas, únicamente 4 estaban privadas de la libertad en un centro penitenciario (Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2018).

A continuación, se presentan algunas problemáticas relacionadas con el contrabando y las recomendaciones de cada caso.

1.2.1. La conciencia sobre la gravedad del ilícito

Tradicionalmente, los países han sancionado el contrabando por el perjuicio que puede ocasionar a su economía, la competencia leal y el libre mercado, pero también como una forma de procurar recursos para su funcionamiento.

El contrabando y otros delitos que se asocian a éste, como el lavado de activos, no pueden ser considerados delitos menores o de bagatela, pues se constituyen como delitos contra el “orden económico y social”: *“Constituirá delito contra el orden económico y social, toda conducta que lesione o ponga en peligro dicho orden económico social, entendido éste como la regulación jurídica del intervencionismo del Estado en la economía”*²⁵

Es importante resaltar que el contrabando constituye un delito de lesión, a diferencia del lavado de activos, para el cual no es necesario acreditar una vulneración efectiva del orden económico y social, sino su sola puesta en peligro (entendiendo orden económico y social como el conjunto de instrumentos a disposición del Estado para regular su intervención, conforme con los lineamientos de la constitución económica).

Lo anterior ocurre porque, desde sus orígenes, la teoría del delito se edificó desde la oposición entre los delitos de lesión y aquellos llamados de peligro, frente a los que no hay un resultado lesivo sensorialmente sensible, sino una amenaza concreta o, cuando menos hipotética, de vulneración al bien jurídico tutelado por la norma penal²⁶.

Esta importante diferenciación no supone un adelantamiento de punibilidad, como gran parte de la doctrina lo propone²⁷, pues la especialidad del delito de peligro radica en dos particularidades: por un lado, el tipo penal recoge algunos de los resultados intermedios del curso causal orientado a la lesión; y, por otro lado, la consumación no requiere que se produzca la lesión.

Expresado a modo de conclusión: lo único “adelantado” en el delito de peligro respecto del de lesión, es la consumación.

El lavado de activos cobra especial relevancia en el delito de contrabando de cigarrillos, pues las ganancias derivadas de esta actividad ilegal se trasladan ulteriormente a grupos delincuenciales, quienes los usan en actividades que ponen en riesgo la integridad del Estado, así como la preservación y el buen funcionamiento del Estado de derecho y de sus instituciones.

Estos en últimas, generan costos que pueden afectar el equilibrio macroeconómico, de manera indirecta, a través de distorsiones en las señales de mercado, generando de este modo un impacto negativo en el bienestar social de la población y perjudican directamente las finanzas de todos. Uno de los ejemplos macroeconómicos más significativos es la apreciación del peso respecto del dólar por fenómenos ajenos a la coyuntura económica, generando así un impuesto informal originado por los criminales²⁸. Por esta misma vía se termina desincentivando la producción de la industria nacional, la tributación, la producción de empleo formal, se afecta el sector productivo nacional, el sector comercializador y la inversión extranjera.

En lo referente al sector público, la afectación al Estado colombiano se da en dos niveles: el nacional y el territorial. Por un lado, la nación deja de recibir cada año importantes recursos que deberían entrar a sus arcas por medio de recaudo de aranceles, impuesto de valor agregado e impuesto a la renta. Por su lado, las entidades territoriales dejan de recibir cada año recursos muy significativos que deberían percibir por medio del recaudo del impuesto al consumo sobre productos tales como cigarrillos y licores²⁹.

²⁵ HERNANDEZ QUINTERO, Hernando (2000). Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal Colombiano. Derecho Penal y Criminología.

²⁶ SINTURA VARELA, José Francisco., MARTINEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro & y ECHEVERRY QUINTANA, Eudoro. (2014). Sistemas de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo. Bogotá: Legis.

²⁷ Si no existe un tipo de lesión correspondiente, tampoco se puede hablar de “adelantamiento”.

²⁸ UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO - UIAF. (2014b). Lo que debe saber sobre el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Recuperado de <https://www.uiaf.gov.co/index.php?idcategoria=27734>

²⁹ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. (2013). Proyecto de Ley Anticontrabando. “Por medio del cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar la competencia desleal derivada de operaciones ilegales de comercio exterior, comercio interno, lavado de activos y evasión fiscal. Recuperado de

Resaltada la importancia del lavado de activos en el delito de contrabando, se vislumbran los posibles fenómenos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, es posible que el lavado de activos se cometa de manera simultánea con las conductas de contrabando, como en aquellos casos en donde se acude a modalidades de contrabando y al obtener el levante, se dan visos de legalidad a la mercancía. Sin embargo, también es posible que el contrabando se cometa con anterioridad y posteriormente los bienes derivados de este tipo de conducta se quieran ingresar al torrente legal de bienes, de divisas u otros. En este último caso, las conductas perseguidas adquieren el carácter de delito subyacente al lavado de activos.

Cada nación ha visto la necesidad de regular en sus ordenamientos jurídicos la manera de resguardar los distintos bienes jurídicos que protege la tipificación del contrabando y sus delitos conexos. Este resguardo debe ser tan dinámico como lo es el desarrollo comercial, desafortunadamente, así como el ingenio busca regular la formalidad del comercio, del mismo modo, se ha venido buscando la forma de evadirlo, so pretexto de no cumplir con aquellas obligaciones tributarias derivadas de la actividad comercial llevada a cabo lícitamente.

Bienes jurídicos protegidos

Como es conocido, en el derecho penal se busca tutelar bienes jurídicos, los cuales tienen un carácter esencial para el debido y oportuno desarrollo social e individual. En tal sentido, son susceptibles de protección jurídica, y para el caso referido al contrabando, existen diversas teorías respecto cuál sería el bien jurídico protegido.

- El orden económico y social

Como se evidencia de lo expuesto anteriormente, parecería ser el bien jurídico protegido por excelencia. Según este postulado, el principal fundamento para reprimir el contrabando es la afectación macroeconómica que se produce, por cuanto altera no sólo las relaciones económicas entre las empresas privadas que sí ajustan sus procedimientos conforme lo establecido en el reglamento tributario y aduanero, sino que también termina impactando el buen desarrollo individual de la sociedad a través de la afectación al patrimonio del Estado.

Desde ya podría anticiparse que, las próximas teorías podrían estar incluidas dentro del orden económico y social como bien jurídicamente tutelado por la ley.

- Control aduanero

Esta teoría sostiene que el bien jurídico tutelado es la función de control del tráfico internacional de mercancías que ejerce el servicio aduanero, con la finalidad de velar por el cumplimiento de los derechos arancelarios y las prohibiciones³⁰.

- La integridad o incolumidad de la renta de aduanas

Esta tesis sostiene que los ingresos públicos representan un derecho pecuniario del Estado, por lo que eludirlos representa una amenaza para el patrimonio del Estado y por ende para la sociedad³¹.

- El tesoro público

<http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/39556604.PDF>. http://www.dian.gov.co/descargas/Novedades/2013/Proyecto_de_Ley%20298_Anticontrabando.pdf

³⁰ Domingo García Rada, *El delito tributario* (Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1975).

³¹ Raúl Vicente Varela, *Cuestiones de derecho aduanero* (Buenos Aires: Ediciones Ponidille, 1971).

Con esta teoría se intenta sustentar que es indispensable resguardar el patrimonio del Estado, en este caso los ingresos provenientes de las importaciones gravadas, debido a que con estos tributos el Estado tiene los ingresos para poder realizar efectivamente sus cometidos y cumplir con el denominado “contrato social”.

- El comercio exterior

La base de esta tesis radica en la incidencia que tienen los delitos aduaneros frente al comercio exterior, dado que, como consecuencia de ellos, se imposibilita la opción de poder adoptar políticas de mayor flexibilidad para el comercio, lo cual termina generando trabas para la facilitación del mismo.

Expuestos los bienes jurídicos afectados por el contrabando, se enlistarán los principales impactos económicos del contrabando como una generalidad, fenómeno que incluye el contrabando de cigarrillos:

- i. Altera los precios relativos de los mercados al posibilitar la venta de productos a precios artificialmente bajos o realizar compras a precios por encima del de mercado.
- ii. Distorciona las mediciones oficiales de las entidades públicas.
- iii. Disminuye los incentivos para invertir y aumenta los costos por concepto de seguridad.
- iv. Fomenta la competencia desleal en las diferentes industrias de la economía.
- v. Distorciona los incentivos dentro del mercado legal (salarios, tasas de ganancia y costos de financiamiento).
- vi. Disminuye la productividad total de la economía, al relocalizar recursos productivos (capital y trabajo) en actividades ajenas al sector legal.

En aras de contribuir a la interrupción del delito de contrabando de cigarrillos y a la lucha contra la criminalidad y las economías criminales, se propone un esfuerzo en la concientización ciudadana para la compra legal de cigarrillos, así como interiorizar el deber de denuncia frente a los ilegales

Tal y como se explicó, los bienes jurídicos que se ven vulnerados con ocasión del contrabando no son de poca monta. Son miles de millones de pesos los que dejan de ingresar al presupuesto por compras de productos ilegales. Cuando las mercancías son legales, los recursos son destinados a la salud, educación y el deporte; cuando no lo son, van directamente a enriquecer las arcas delincuenciales de las bandas criminales. El contrabando es un flagelo que destruye paulatinamente la economía de las entidades territoriales y gradualmente al país, al no poder realizar la inversión social que conlleva al estancamiento del desarrollo local y nacional.

Resulta trascendental realizar actividades de carácter pedagógico, para que la ciudadanía sea promotora de la legalidad en los municipios y departamentos de todo el país, buscando comerciantes líderes y verdaderos promotores de la legalidad.

Esta concientización debería estar liderada por las gobernaciones y la Federación Nacional de Departamentos. A través de campañas de prevención contra el contrabando, se logra concientizar a la ciudadanía frente a temas como exigir la factura, comprar legal, identificar mercancías ilegales, entre otras.

Esta propuesta está directamente enfocada a realizar acciones dirigidas a romper con los eslabones de ilegalidad, mediante estrategias orientadas desde la prevención y el control.

1.2.3. Revisar el principio de oportunidad frente al contrabando

El Derecho penal se encuentra regulado tanto por normas sustantivas como adjetivas.

En el primer grupo la legislación penal configuró un tipo penal para el contrabando y en el segundo grupo estableció las reglas necesarias para la aplicación del ordenamiento jurídico sustantivo. Dentro de las normas de tipo procedimental, el ordenamiento regula la facultad que tiene el Estado para investigar, perseguir y sancionar (ius puniendi) aquella persona que lesiona los bienes jurídicos tutelados. Pero así mismo, el compendio normativo define causales para que el ente investigador-acusador analice las características que ostenta cada caso abordado a fin de establecer la necesidad y pertinencia de la acción punitiva.

El título V del Código de Procedimiento Penal desarrolla el principio de oportunidad, sujeto a la política criminal del Estado, bajo el cual la Fiscalía puede, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos señalados por la ley, en el artículo 324 del C.P.P., previo sometimiento a control de legalidad del Juez de Control de Garantías. El principio de oportunidad busca darle aplicación al principio de economía procesal. Sin embargo, queda en discusión cómo opera el principio de oportunidad en los contextos donde el beneficiado no brinde la información que prometió suministrar a través de una matriz de colaboración o estos beneficios también pueden cobijar jefes o cabecillas de las redes de contrabando.

Se debe establecer en el interior del grupo de mecanismos de terminación anticipada y justicia restaurativa, criterios más concretos y específicos de conformidad con las particularidades de cada delito, pero, además, se debe realizar un mayor seguimiento al cumplimiento de compromisos adquiridos por el beneficiado. En tal sentido, la Fiscalía General de la Nación debería reconsiderar el principio de oportunidad otorgado, y evaluar más estrictamente el escenario de renuncia de la acción penal.

1.2.4. Mayor presencia y control en zonas de frontera. Caso particular de frontera con Venezuela.

En contextos geográficos específicos, especialmente en las zonas de frontera donde el intercambio comercial es la base del desarrollo socioeconómico, el contrabando, puede trascender el ámbito jurídico y convertirse en un problema sociocultural y político.

Estudios y cifras han revelado³² el gran impacto en la zona de frontera con Venezuela, puesto que la diferencia del poder adquisitivo de la moneda de los dos países y la crisis cambiaria de la divisa venezolana ha generado a su vez una crisis social y económica en la región fronteriza. Ante la situación de crisis, el contrabando se ha convertido en una llamativa fuente de ingresos para los habitantes de la zona, arraigando aún más este delito en la cultura, como una práctica “normal” de los ciudadanos. La coyuntura actual degrada aún más la situación, pues ante el desempleo por la pandemia y la falta de oportunidades, el comercio ilegal tiende a incrementar.

El verdadero problema es la íntima conexión entre corrupción y contrabando en esta frontera. Se evidencia cómo los altos índices de contrabando provienen de la cooperación entre funcionarios y contrabandistas, lo cual permite concluir, a través de variables explicativas, como en un primer modelo (Norte de Santander) predomina la percepción de la presencia de grupos irregulares como una dinámica transfronteriza y la convicción de unas relaciones de cooperación entre funcionarios de seguridad del Estado y comerciantes. En el segundo modelo (Táchira), las percepciones evidencian la existencia de una excesiva burocracia en los órganos de seguridad del Estado para controlar las mercancías de contrabando, lo cual incrementa considerablemente la corrupción con sobornos y relaciones de cooperación entre los agentes de seguridad y los contrabandistas³³.

De lo anterior se colige la imperante necesidad de tener mano dura con funcionarios que favorezcan las redes de contrabando. En esa vía ha trabajado la Fiscalía General de la Nación³⁴, pero se propone asimismo un mayor nivel de denuncia por parte de la ciudadanía, en desarrollo de la propuesta de concientización de los graves efectos de estas prácticas.

Sólo a través del control de las autoridades y participación activa de la ciudadanía se podrán identificar y ubicar los focos de corrupción que permiten y legitiman las redes de contrabando que defraudan al Estado.

1.2.5. Zonas de Régimen Aduanero Especial. En particular la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribe y Manaure.

³² Ramírez Malagón, Andres Felipe (2016). Contrabando Colombo-Venezolano. Universidad Militar Nueva granada.

³³ Mazuera-Arias, Rina et al. (2019). Corrupción y contrabando en la frontera Norte de Santander (Colombia) y Táchira (Venezuela). Revista de Ciencias Sociales. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/racs/article/view/29607>

³⁴ La Fiscalía General de la Nación, conforme a los Informes de Gestión rendidos en los últimos cinco años, ha imputado y condenado a varios funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por delitos como lavado de activos, enriquecimiento ilícito, concierto para delinquir, cohecho para dar u ofrecer y contrabando.

Estos regímenes se aplican especialmente en zonas de frontera, de difícil acceso y con bajos niveles de desarrollo económico, por lo que el gobierno nacional a través de los beneficios otorgados ha pretendido contribuir con su progreso. Sin embargo, se ha identificado que el abuso de estos beneficios ha conducido a una alta concentración de contrabando en estos territorios.

El régimen especial aduanero por el cual entran mercancías a estos tres municipios de La Guajira (Manaure, Maicao y Uribia) lleva más de medio siglo sin pagar aranceles y ha sido históricamente la autopista del contrabando en Colombia.

La importancia del contrabando en esta zona radica en el pronunciado divorcio entre las leyes que pretenden regularlo y la cultura que lo ejerce. La práctica se ha ejercido con tal naturalidad que resulta legítima ante sus pobladores, los cuales en diferentes ocasiones le han exigido al Estado tolerancia y respeto por la actividad.

Es visible la corrupción presente en estas zonas, pues:

1. No se adelanta una función de registro transparente del comercio y, en este sentido, no se obtiene la información de las distintas operaciones.
2. No se realiza un control de los bienes que entran al territorio aduanero, por lo cual, no se conoce cuando debería realizarse una confiscación de mercancías contrabandeadas o, si se llega a conocer, por distintos motivos, no se realiza.

Lo más preocupante es que la intención de los congresistas de la región para beneficiar a los comerciantes es la de ampliar el régimen especial a todo el departamento. Y, aunque eliminar el régimen especial aduanero parece una opción válida desde lo teórico, resulta una medida casi imposible políticamente hablando.

Debido a lo anterior, la propuesta va dirigida, como el punto anterior, a un fortalecimiento de la operación y control de las zonas de régimen especial aduanero, así como de todas las figuras que dan celeridad a la operación aduanera, tales como las agencias aduaneras, OEA, ALTEX y zonas francas. Debe propenderse por restringir en estas figuras determinadas cargas, operaciones, orígenes y destinos.

1.2.6. Localización de mercancías

La presente propuesta propende por la consolidación de un sistema de seguimiento que acceda a la localización de mercancías, en línea con la creación del Sistema Integrado de Apoyo al Control de Impuestos al Consumo - SIANCO- del Decreto 2106 de 2019.

El Protocolo para la eliminación del comercio ilícito de productos de tabaco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha manifestado la necesidad de promover un sistema de seguimiento y localización para productos del tabaco en las zonas francas.

El objetivo es facilitar, estandarizar y unificar la codificación, registro, trazabilidad y manejo de toda la información correspondiente a las actividades de producción, importación, exportación, distribución, tornaguías, bodegaje, consumo, declaración, pago, señalización y movilización, que sin duda permitirán una mejor gestión de las autoridades, en cuanto se tendrá la verdadera naturaleza, origen, ubicación y destino de los bienes.

Lo anterior, permitirá a la Fiscalía General de la Nación, al momento de ejercer la acción penal, contar con una mayor trazabilidad y un mapa más claro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta punible, situación que beneficia la recolección de elementos materiales de prueba, y, por lo tanto, la agilidad procesal y consecución de condenas.

1.2.7. El contrabando involucra una lógica especializada que requiere un profundo conocimiento técnico y una coordinación articulada

A pesar de las cifras antes mencionadas, se evidencia que la especialización de la Dirección Especializada contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación, le permitió a la entidad mejorar sus capacidades para impactar las finanzas de las organizaciones criminales.

Entre **2016 y 2018** se logró aumentar en un 210% las incautaciones de dinero producto del involucramiento en actividades delictivas, pasando de \$6.034.733.200 a \$18.751.785.71925. Los resultados logrados en el año 2019 son aún más contundentes, como se muestra en siguiente tabla.

Tabla 32. Montos afectados por lavado de activos entre agosto de 2018 y mayo de 2019

Eje temático	Montos afectados
Finanzas contra las organizaciones criminales	\$510.991.509.163
Comercializadoras de oro	\$4.332.527.152.915
Contrabando	\$238.908.941.000
Corrupción	\$4.723.178.000
Correos humanos	\$47.845.345.044
Total	\$5.134.996.126.122

Fuente: Dirección Especializada Contra el Lavado de Activos

En virtud de la referida especialización, entre agosto de **2016** y enero de **2020** se imputaron un total de 770 personas, desarticulando con ello 90 organizaciones criminales, en actividades con cuantías por más de 12 billones de pesos. Así también, durante dicho periodo se logró la condena de 312 personas y se ordenó el comiso de más de 61 mil millones de pesos, resultado de los ilícitos sancionados. Dentro de este contexto cabe destacar la culminación exitosa de investigaciones en casos de especial relevancia, como, por ejemplo, el desmantelamiento de varias redes de contrabando y corrupción que venían operando por mucho tiempo gracias a la vinculación de funcionarios de la DIAN.

En el reciente Informe de empalme de la Fiscalía General de la Nación (2020) se describen como prioridades y estrategias de la Dirección Delegada contra el Lavado de Activos las siguientes acciones:

Estrategia anticontrabando. Consolidación de una alianza estratégica y operativa con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que permite la priorización de investigaciones por operaciones de contrabando en el sector de textiles, calzado y confecciones, que estarán a cargo de fiscales destacados y un equipo de policía judicial especializado con conocimiento de esta temática³⁵

Uso de investigaciones espejo. Esta estrategia responde a la articulación interinstitucional entre esta Dirección y la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, permitiendo la identificación, persecución e incautación de todos los bienes de los responsables del delito, que sean producto del lavado y de las actividades ilícitas subyacentes.

*Incrementar el impacto a fenómenos criminales priorizados. Impactar el lavado de activos que ocurre en escenarios que facilitan su comisión a gran escala, tales como el narcotráfico, **el contrabando**, la corrupción y los delitos ambientales, circunstancias que además refieren un especial impacto en las regiones con mayores problemáticas en el país. También se busca combatir las operaciones de comercio exterior que las organizaciones realizan con los dineros producto de estos ilícitos.*

Asimismo, entre **2018 y 2019** se logró la captura de 1.283 personas en flagrancia por contrabando y delitos conexos. En total, se desarticularon 86 estructuras criminales, 47 en 2018 y 39 en 2019. Esta cifra se relaciona también con el aumento en decomisos de mercancías del 2018 al 2019: textiles 337%, insumos industriales 245%, cigarrillos 78%, lencería 54%, juguetería 35%, celulares 10% y calzado 5% (El Espectador, 2019).

De acuerdo a la base de capturas de la Policía Nacional, en 2020 se logró la captura de 263 personas (no se especifica si en flagrancia) por contrabando y delitos conexos. Tan sólo en la ciudad de Bogotá, se han desarticulado al menos 72 estructuras criminales³⁶. La Policía Fiscal y Aduanera (POLFA) y la DIAN indican

³⁵ En igual sentido, esta Dirección formará parte -en calidad de invitado-, de la Comisión Interinstitucional de Lucha contra el Contrabando, el Lavado de Activos y la Evasión Fiscal, vinculación que permitirá aunar esfuerzos para identificar y combatir los principales focos de criminalidad en este campo.

³⁶ Bogotá.gov.co (7 de Julio de 2020)

que el valor de las aprehensiones de mercancías durante 2020 suma un valor comercial aproximado de \$457.000 millones de pesos (relacionadas con medicamentos, elementos médicos, computadores, celulares, textiles, calzado, lencería, autopartes, perecederos, elementos industriales, elementos de aseo, químicos, entre otros)³⁷.

En este orden de ideas, es claro que la coordinación y la especialización son herramientas de mejora en la lucha de un delito que exige conocimiento técnico y que abarca diferentes esferas estatales.

Por esto, debe existir un comité interinstitucional encargado de coordinar, dirigir, capacitar y supervisar todas las acciones relacionadas con el contrabando, en donde tengan participación entidades tales como:

- Fiscalía General de la Nación
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
- Unidad de Información y Análisis Financiero
- Federación de Departamentos Nacionales
- Ministerio de Protección Social
- Policía Fiscal Aduanera
- Dirección de Inteligencia Policial
- Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL

Los dos anteriores organismos deben asegurar operaciones de contrainteligencia, considerando que existen redes de corrupción que avalan y protegen a los contrabandistas.

1.2.8. Fortalecer y dotar a la UIAF de recursos para un grupo especializado anti-contrabando

La UIAF tiene que combatir el contrabando y sus delitos relacionados con la misma infraestructura y personal que utiliza para su operación ordinaria. Lo más preocupante de todo es que el presupuesto de la UIAF viene en decrecimiento, tal es así que tuvo una reducción presupuestal del 7.4% para la vigencia del 2015 (la asignación fue de \$7418 millones de pesos, mientras que la de 2014 superó los \$8010 millones³⁸.

Es válida la preocupación del Gobierno que no ha existido un ente oficial especializado que, de manera concentrada, analice, detecte y prevenga actividades de comercio exterior que devengan en contrabando o defraudación de las rentas tributarias y aduaneras. Y el verdadero problema es que la UIAF no tiene los recursos suficientes para responder con estas obligaciones³⁹.

Tal como lo menciona la UIAF *“es evidente que, si bien hay propuestas innovadoras para luchar contra el LA/FT y ahora contra el contrabando, estas fracasarán si el Estado no asigna los recursos necesarios para sacarlas adelante”*⁴⁰. Se deben generar instrumentos adecuados y recursos para la lucha contra estos delitos que afectan y distorsionan la realidad económica de nuestro país.

En este sentido, la propuesta concretar es dotar a la UIAF de recursos y personal especializado en contrabando y delitos conexos, que permitan mayores resultados en materia de prevención y detección de este delito. Si bien se cuenta con el Comité de Seguimiento contra el Contrabando⁴¹, reforzar la capacidad al interior de la UIAF sería determinante para una verdadera y contundente lucha contra el comercio ilícito.

³⁷ <https://www.policia.gov.co/noticia/resultados-policia-fiscal-y-aduanera-2020>

³⁸ UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO – UIAF (2015). UIAF: funciones para atacar el contrabando, pero sin plata. INFOLAFT, 55-57.

³⁹ MORENO DÁVILA, Alfredo. (5, Agosto de 2015). La Ley Anticontrabando y la UIAF. Ambito Juridico. Recuperado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/la-leyanticontrabando-y-el-papel-de-la-uiaf.asp?Miga=1>

⁴⁰ UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO – UIAF (2015). UIAF: funciones para atacar el contrabando, pero sin plata. INFOLAFT, 1.

⁴¹ Conformado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN); y la Policía Fiscal y Aduanera.

1.2.9. Priorización del delito de contrabando y creación por parte del Fiscal General de la Nación de un grupo de tareas especiales especializado contra el contrabando.

En el interior de la Fiscalía General de la Nación, se debe proponer la creación de un eje temático o grupo de tareas especiales dedicado al delito de contrabando. La finalidad de esta medida sería contar con un grupo de fiscales y policía judicial especializados técnicamente para atacar y perseguir el contrabando y sus delitos conexos.

Para llegar al nivel técnico requerido en el delito de contrabando y demás delitos tributarios y aduaneros, es necesario impartir en la institución, seminarios y talleres técnicos de capacitación, de manera que toda actividad que genere capturas por contrabando de cigarrillos cuente con una efectiva judicialización.

Esta necesidad fue develada en el informe de gestión de la Fiscalía General de la Nación del año 2020, en el que se fijó como prioridad de la Delegada para las Finanzas Criminales, consolidar guías y directrices dirigidas a fiscales, asistentes y servidores de policía judicial, respecto a tópicos básicos a seguir dentro de una investigación adelantada por el delito de contrabando bajo sus dos principales modalidades: contrabando técnico y contrabando abierto.

Este lineamiento fue reiterado por la Resolución No. 00674 del 02 de junio de 202, mediante la cual se aprueba el “Direccionamiento estratégico de la Fiscalía General de la Nación en tiempos de COVID-19”. Dicho pronunciamiento impuso el deber de realizar informes de análisis estratégico que apoyen las micro investigaciones en curso relacionadas con fenómenos de contrabando internacional a fin de comprender el fenómeno delictivo y se preparan guías metodológicas que abarquen tipologías más recurrentes en fenómenos de lavado de activos relacionados con el delito de contrabando, que faciliten y optimicen el desarrollo de investigaciones penales asociadas.

Es absolutamente necesario un esfuerzo especial para desarrollar y difundir una guía metodológica para las investigaciones del delito de soborno transnacional, dada la complejidad de consecución del acervo probatorio requerido para demostrar dicho delito.

1.2.10. Creación de una sub-unidad o grupo de trabajo de extinción de dominio en contra de bienes producto del contrabando y otros delitos tributarios y aduaneros

La Constitución Política de 1991 introdujo dos importantes cambios en el contenido y alcance del derecho a la propiedad en Colombia: en primer lugar, atribuyó a la propiedad privada una relación estrecha con los valores y principios ético-sociales que fundamentan el Estado, y, en segundo lugar, asignó a este derecho una función social que lo enmarca. Ambas modificaciones son esenciales para entender la naturaleza y el alcance de la extinción de dominio en Colombia, así como la naturaleza de la acción de extinción de dominio frente a los ciudadanos.

Como corolario de lo anterior puede sostenerse que la persona que ha adquirido el dominio de un bien por medio de conductas que contravienen el ordenamiento jurídico, que causan daño al Estado o a otros particulares, o que provocan un grave deterioro de la moral social, no es verdadero titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección.

Dado el contexto anterior, la discusión que se intenta abordar con esta propuesta es cómo lograr que los miles de aprehensiones en vehículos y bodegas de mercancía de contrabando tengan una mayor tasa de judicialización y extinción del derecho de dominio,

La propuesta concreta es dentro de la Unidad de Extinción de Dominio, crear una sub-unidad o grupo de trabajo de extinción de dominio en contra de bienes producto del contrabando y otros delitos tributarios. La creación de este grupo de trabajo no puede implicar únicamente la asignación de fiscales, sino que, además, se debe asignar un número significativo de funcionarios de investigación judicial dedicados exclusivamente al tema. Los fiscales, sin la información y las pruebas proporcionadas por sus investigadores, nada pueden hacer.

De la mano de la creación del grupo, resulta absolutamente necesario contar con mecanismos de comunicación expedita e ininterrumpida entre ese grupo de investigadores y los funcionarios de la DIAN y POLFA. Pues son estos últimos los que pueden percibir en primer lugar las sospechas que genere cierta importación de mercancía.

En síntesis, hay que reforzar dos funciones estatales: por un lado, la capacidad de identificación del contrabando por parte de los funcionarios de aduanas y, por otro lado, la planta de funcionarios de la Fiscalía encargada de la extinción del dominio de dichos bienes. Esto último, mediante la subespecialización de los fiscales y la asignación de un número importante de investigadores de policía judicial que complementen las labores de los funcionarios de aduanas.

1.2.11. Disuasión y prevención del contrabando a través de la revelación y mediatización de las capturas, condenas y datos oficiales relevantes

La disuasión se halla en el centro de la actividad de la justicia penal. Las sanciones penales tienen como fin cumplir varias funciones (castigar, alcanzar la justicia, expresar los estándares y las prioridades del público, incapacitar), pero están diseñadas centralmente para controlar: para moldear, a través de la expectativa de varias clases de consecuencias indeseables, el comportamiento de los delincuentes y los potenciales delincuentes. La disuasión se halla particularmente en el centro de la aspiración preventiva de la justicia penal⁴².

La experiencia cotidiana valida el sentido común de la disuasión. En este sentido, es necesario repensar contextos poderosos y estratégicos que permitan generar un impacto en la tasa de criminalidad. Asimismo, debe implementarse en la agenda contra este fenómeno criminal una mayor mediatización de los ataques dados a redes de contrabando y corrupción. Por ejemplo, ataques como el desmantelamiento del esquema de corrupción de la organización dedicada al contrabando en el interior de la DIAN, caso de gran impacto nacional en el que se vinculó a un funcionario de la entidad en Buenaventura, junto a su núcleo familiar. Los funcionarios involucrados habrían permitido el ingreso ilegal de toneladas de mercancía por el puerto de Buenaventura, incurriendo en la conducta de lavado de activos por un valor aproximado de los \$3.000 millones de pesos.

En virtud de las acciones de la Dirección Especializada contra el Lavado de Activos provenientes de contrabando, que entre agosto de 2018 y mayo de 2019 resultaron en una suma que asciende a los \$238.908.941.000. Así, entre 2016 y 2018 se logró aumentar en un 210% las incautaciones de dinero producto del involucramiento en actividades delictivas, pasando de \$6.034.733.200 a \$18.751.785.71925.⁴³

En general, es necesario mostrar resultados y generar efectos en el comportamiento criminal, a través de la exposición de procesos penales y datos oficiales que debiliten las redes tradicionales y no tradicionales del contrabando y muestren mano dura contra el delito. Algunos ejemplos de esto son los llamados “*Caso Ambuila*”, “*Caso Perla del Sur*”, “*Caso Lavado Hormiga*” y los siguientes logros ejecutados en lo corrido del año 2020:

- Extinción de dominio a bodegas utilizadas para almacenar contrabando: https://caracol.com.co/radio/2020/03/11/judicial/1583958398_730933.html
- Extinción de dominio a 314 inmuebles destinados para el contrabando: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/extincion-de-dominio-a-314-inmuebles-destinados-para-el-contrabando/>
- Extinción de dominio a bienes del “zar del contrabando” en el Eje Cafetero: <https://www.rcnradio.com/judicial/extincion-de-dominio-bienes-del-zar-del-contrabando-en-el-eje-cafetero>
- Aplican extinción de dominio por contrabando: <https://diariolalibertad.com/sitio/2019/08/aplican-extincion-de-dominio-por-contrabando/>

1.2.12. Ajustar y actualizar las tablas de valoración de mercancías decomisadas por contrabando

La tabla de clasificación de precios de la DIAN requiere una revisión específica y periódica dado que, si bien se ajusta para algunos bienes de contrabando, en los casos de los cigarrillos que generan grandes diferenciales de

⁴² Kennedy, David M. (2016). Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de la pena. Marcial Pons.

⁴³ Es importante resaltar que también se adelantaron incautaciones en dólares y en euros. Al respecto, puede verse el Informe de gestión 2017-2018, párrafo 47.

precios al interior del país, la práctica de valoración con precios FOB no refleja el verdadero valor de la mercancía.

Si bien es sabido que aumentar la valoración de los cigarrillos en las tablas de valoración puede tener un impacto importante en los costos de bodegaje de la mercancía, no se compensa toda la pérdida que ocasiona el pitufo (ingreso de mercancías en pequeñas cantidades y no en grandes volúmenes), actividad que escapa, en no pocas ocasiones, de la acción penal, quedando en la impunidad total.

Una de las principales causas de evasión de la acción penal es que los montos aprehendidos no superan el umbral de 50 salarios mínimos mensuales establecido por la Ley anticontrabando; un valor que es significativamente más alto que el establecido por algunas autoridades de Latinoamérica, que también padecen de altas tasas de contrabando en cigarrillos y licores. Tal es el caso de Ecuador, que contempla su umbral alrededor de los 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes colombianos.

Hay tanta irracionalidad en estas tablas que, la valoración que hace la DIAN del valor de los cigarrillos incluso podría ser 4 veces inferior al precio de venta real de una cajetilla⁴⁴.

Teniendo en cuenta que los delitos toman como punto de partida el valor de las mercancías objeto del ilícito, EY en sus recomendaciones a la Comisión de la Reforma señalaba como un punto crítico el de la subvaloración que hace la DIAN de las mercancías que aprehende. Los montos aprehendidos no superan el umbral establecido por la Ley anticontrabando de 50 salarios mínimos mensuales:

La DIAN y la POLFA, en el ejercicio de sus funciones, deben hacer una valoración de cada cargamento de cigarrillos ilegales decomisado. Este proceso se realiza utilizando unas tablas que tiene la autoridad aduanera para determinar el precio de cada artículo aprehendido. Según testimonios recopilados en el marco de una investigación, se evidenció que el precio de los cigarrillos en las tablas de valoración es particularmente bajo (Agente POLFA 3, 2017; Agente POLFA 4, 2017). Las estadísticas de incautaciones de la Policía Fiscal y Aduanera a 2017 confirman esta visión: cada cajetilla de cigarrillos incautada en 2017 fue valorada en \$547,19 colombianos, cifra a todas luces inferior al precio comercial de la mercancía en el país.

También, se logró establecer que la causa de la subvaloración de la mercancía está en las dificultades que tiene la DIAN para almacenar la mercadería que decomisa. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia no cuenta con bodegas propias, por lo que debe alquilar espacio a terceros para almacenar allí las mercancías de contrabando que ha decomisado. El importe que paga la DIAN a los privados está correlacionado con el valor de las mercancías que se guarda en las bodegas. Por ello, la DIAN tiene un incentivo claro para subvalorar las mercancías que decomisa, pues así reduce el costo del bodegaje que debe pagar para almacenarlas

(Agente 56 POLFA 3, 2017).

En este sentido, se recomienda tener tablas actualizadas con los valores reales de la mercancía y se debe modificar la normativa para que esa valoración tenga referentes claros, que no estén sujetos a ambigüedades frente a normas aduaneras o valores comerciales.

2. Disposiciones sancionatorias desde la óptica tributaria

Como ya se mencionó previamente, la Ley 1762 de 2015 no solo consagró varias sanciones de carácter penal, sino que también modificó o incluyó algunas sanciones pre existentes desde la perspectiva de la supervisión y control tributario. En este apartado analizaremos no solamente este marco sancionatorio, sino también la forma en que se cristaliza cada infracción en lo procedimental.

La forma en que se reglamenta el procedimiento que filtrará racionalmente una discusión no es un asunto menor. En efecto, la manera en que se concibe el esquema de resolución de conflictos —entendido éste de una manera amplia, es decir, considerando no solo las disputas entre particulares ante un juez, sino también entre Administración e individuos desde diferentes ámbitos, incluyendo la imposición de sanciones en sede

⁴⁴ Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (2018). El contrabando de cigarrillos y el crimen organizado en Colombia y Ecuador.

administrativa— servirá como manifestación de las garantías básicas que se otorgan para que las decisiones que se tomen frente al conflicto se encuentren depuradas de arbitrariedad o subjetividad.

Por esto, es necesario que el espectro procesal no solamente concilie la tensión entre eficiencia (un proceso dilatado evitará que se tomen acciones rápidas que cristalicen el derecho) y garantías básicas, sino que, además, sea claro, fácil de entender, fluido y, sobre todo, carente de ambigüedades.

En efecto, las discusiones usualmente tienen un carácter sustancial (sobre el derecho aplicable o su interpretación) o probatorio (sobre la evidencia que se cuenta para demostrar un hecho), pero lo deseable es que estas controversias no giren alrededor de las reglas de juego que se deben usar para resolverlas, es decir, que no giren alrededor de aspectos procedimentales.

Desde esta óptica, nuestro trabajo inmediato será revisar qué tan claro, sólido y transparente es el procedimiento contenido en la Ley 1762 de 2015 y su interrelación con el procedimiento que se configura por Ley para desarrollar las controversias en materia de impuesto al consumo.

En materia procesal, la estructura de la Ley 1762 de 2015 no es uniforme. En efecto, la Ley contiene sanciones de diferente índole. Por una parte, consagra consecuencias penales frente a ciertas conductas, contenidas en su Capítulo I. *Disposiciones Penales y Procesales Penales*, que remiten a un proceso contemplado en la Ley 599 de 2000.

Por su parte, el Capítulo II. *Régimen sancionatorio común para productos sometidos al impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajo; al impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares; y al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado – sanciones*, consagra un régimen sancionatorio que modifica, adiciona o complementa el establecido en la Ley 223 de 1995.

Finalmente, el Capítulo III. *Disposiciones en materia comercial*, consagra unas sanciones específicas insertadas en el Código de Comercio para las que se establece un procedimiento puntual.

Esta disparidad de procedimientos se justifica en la naturaleza de las diferentes acciones y ámbitos jurídicos de cada una de las sanciones o consecuencias frente a las infracciones. Sin embargo, solamente en lo relacionado con el Capítulo II se observa que existe también disparidad en el procedimiento aplicable (a pesar de que tiene un capítulo titulado *Procedimientos aplicables para la imposición de las sanciones*), lo cual conlleva a dificultad en el planteamiento, propuesta y desarrollo del procedimiento y en la efectiva imposición de las sanciones.

A continuación, observaremos cada hipótesis normativa y la consecuencia procedimental de la misma, anotando que no entraremos al nervio de lo que se sanciona, que será analizado en el siguiente capítulo, sino a su aplicación procedimental.

Sanción:

ARTÍCULO 15. DECOMISO DE LAS MERCANCÍAS. *Sin perjuicio de las facultades y competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en los términos de los artículos 200 y 222 de la Ley 223 de 1995, podrán aprehender y decomisar mercancías sometidas al impuesto al consumo, en los casos previstos en esa norma y su reglamentación. En el evento en que se demuestre que las mercancías no son sujetas al impuesto al consumo, pero posiblemente han ingresado al territorio aduanero nacional de manera irregular, los departamentos o el Distrito Capital, según sea el caso, deberán dar traslado de lo actuado a la autoridad aduanera, para lo de su competencia*

Procedimiento:

No se hace una referencia explícita a un procedimiento, aunque se remite a las facultades otorgadas en la Ley 223. Sin embargo, queda claro que, dependiendo de la cuantía, se aplicará el artículo 23 o 24 de la Ley 1762 de 2015, siendo este último mucho más claro en su alcance que el primero, como explicaremos más adelante.

Sanción:

ARTÍCULO 16. SANCIÓN DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO. *Los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá, dentro de su ámbito de competencia, deberán ordenar a título de sanción el cierre temporal de los establecimientos en donde se comercialicen o almacenen productos sometidos al impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto por parte del sujeto pasivo del impuesto.*

La dosificación de la sanción atenderá los siguientes criterios:

Cuando el valor de la mercancía sea inferior a doscientos veintiocho (228) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por treinta (30) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea igual o mayor a doscientos veintiocho (228) y hasta seiscientos ochenta y cuatro (684) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por sesenta (60) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a seiscientos ochenta y cuatro (684) y hasta mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por noventa (90) días calendario.

Cuando el valor de la mercancía sea mayor a mil ciento treinta y nueve (1139) UVT, el cierre del establecimiento podrá ordenarse hasta por ciento veinte (120) días calendario.

PARÁGRAFO 1o. El cierre del establecimiento de comercio genera para su titular o titulares la prohibición de registrar o administrar en el domicilio donde se cometió la infracción o en cualquier otro dentro de la misma jurisdicción, directamente o por interpuesta persona, un nuevo establecimiento de comercio con objeto idéntico o similar, por el tiempo que dure la sanción.

PARÁGRAFO 2o. Para efectos del avalúo de que trata el presente artículo, se atenderán criterios de valor comercial, y como criterios auxiliares se podrá acudir a los términos consagrados por el Estatuto Tributario y el Estatuto Aduanero.

PARÁGRAFO 3o. El propietario del establecimiento de comercio que sin previa autorización lo reabra antes de la fecha prevista para el cumplimiento de la sanción de cierre impuesta por la autoridad competente, será sancionado con multa de cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Procedimiento:

No se establece un procedimiento específico, aunque se dan pautas relacionadas con el avalúo de las mercancías. Al igual que en el anterior caso, el procedimiento a aplicar, dependiendo de la cuantía, será el de los artículos 23 o 24.

Al respecto, es importante anotar que esta tesis admite otra interpretación, que señala que la imposición de la sanción de cierre de establecimiento es obligatoria según la redacción del artículo 16 de la Ley 1762 de 2015. Jurídicamente, el artículo 23 de la citada norma (que es un procedimiento para la aprehensión y decomiso de la mercancía) señala que cuando la cuantía de los productos sea igual o inferior a 456 UVT, el cierre del establecimiento de comercio es opcional. En el evento que la entidad territorial no haya efectuado el cierre del establecimiento en dicha diligencia, deberá hacerlo aplicando el artículo 24.

Sanción:

ARTÍCULO 17. SANCIÓN DE SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN DEL REGISTRO O AUTORIZACIÓN DE OPERACIONES. *Los distribuidores que comercialicen bienes sujetos al impuesto al consumo respecto de los cuales no se hubiere declarado o pagado dicho impuesto dentro del término señalado en la ley, serán sancionados por la Secretaría de Hacienda Departamental o del Distrito Capital según corresponda, con la suspensión del registro o autorización de comercialización por un término de hasta un (1) año. Los distribuidores sancionados no podrán comercializar bienes gravados con impuesto al consumo en el departamento respectivo o el Distrito Capital según corresponda, durante el término que fije el acto administrativo sancionatorio correspondiente. En caso de reincidencia procederá la cancelación del registro o autorización.*

Procedimiento:

Aplica el mismo comentario de los casos anteriores.

Sanción:

ARTÍCULO 18. SANCIÓN DE MULTA POR NO DECLARAR EL IMPUESTO AL CONSUMO. *Sin perjuicio del pago de los impuestos correspondientes, la sanción por no declarar oportunamente el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 será de (i) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración para el período en que la misma no se haya declarado; o de (ii) multa equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las mercancías que determine la administración, calculado proporcionalmente para el período en el que no se declaró el impuesto al consumo y estimados con base en la última declaración de renta presentada. En todo caso, se utilizará la base que genere el mayor valor entre las dos.*

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de la liquidación, cuando los departamentos o el Distrito Capital dispongan únicamente de una de las bases para liquidar el monto de las sanciones de que trata el presente artículo, podrán aplicarlas sobre dicha base sin necesidad de calcular las otras.

PARÁGRAFO 2o. Si dentro del término para interponer el recurso contra la resolución que impone la sanción por no declarar, el contribuyente, responsable o agente retenedor, presenta la declaración, la sanción por no declarar se reducirá en un veinte por ciento (20%) del valor de la sanción inicialmente impuesta por la administración, en cuyo caso, el contribuyente, responsable o agente retenedor, deberá liquidarla y pagarla al presentar la declaración tributaria.

Procedimiento:

Aunque en principio el comentario sería idéntico a los casos anteriores, esta sanción, por su naturaleza, tiene problemas de validez frente al procedimiento que contemplan los artículos 23 y 24 de la Ley⁴⁵, los cuales analizaremos en el siguiente subcapítulo.

Sanción:

ARTÍCULO 19. SANCIÓN DE MULTA POR IMPORTACIÓN CON FRANQUICIA SIN PAGO DE IMPUESTO AL CONSUMO. *La ausencia de declaración o la ausencia de pago del impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, por la importación con franquicia de bienes gravados con el mismo, darán lugar a la imposición de las sanciones previstas en los artículos anteriores, según sea el caso. Dicho impuesto se generará en toda importación con franquicia, sin perjuicio de la devolución del mismo en los términos y condiciones que defina el Gobierno nacional, una vez acreditados los elementos que dan lugar a la franquicia correspondiente.*

Procedimiento:

No se hace referencia a un procedimiento particular y, por ende, debería aplicar el de los artículos 23 y 24.

Sanción:

ARTÍCULO 20. SANCIÓN DE MULTA POR EXTEMPORANEIDAD EN EL REGISTRO. *Los responsables del impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 obligados a registrarse ante las Secretarías de Hacienda de los departamentos y del Distrito Capital que se inscriban con posterioridad al plazo establecido en el literal a) del artículo 215 de la Ley 223 de 1995 deberán liquidar y cancelar una sanción equivalente a doscientas veintiocho (228) UVT por cada mes o fracción de mes de retardo en la inscripción.*

Cuando la inscripción se haga de oficio, existiendo obligación legal para registrarse, se aplicará una sanción de cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT por cada mes o fracción de mes de retardo en la inscripción.

Procedimiento:

El contenido en el Estatuto Aduanero.

Sanción:

ARTÍCULO 21. SANCIÓN DE MULTA POR NO MOVILIZAR MERCANCÍAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. *Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los*

⁴⁵ Es válido sostener también que la imposición de la sanción de multa es obligatoria según la redacción del artículo 18 de la Ley 1762 de 2015. Jurídicamente, el artículo 23 de la citada norma señala que cuando la cuantía de los productos sea igual o inferior a 456 UVT, la multa por no declarar el impuesto al consumo es opcional. En el evento que la entidad territorial no la haya impuesto en dicha diligencia deberá hacerlo aplicando el artículo 24.

productos, en los eventos en que procedan, si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Secretaría de Hacienda Departamental o por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital según corresponda, con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de demora.

Procedimiento:

El contenido en el Estatuto Aduanero.

Sanción:

ARTÍCULO 22. SANCIÓN DE MULTA POR NO RADICAR TORNAGUÍAS PARA LEGALIZACIÓN. *El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de productos con respecto a los cuales deba pagarse impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito.*

Procedimiento:

El contenido en el Estatuto Aduanero.

Del anterior esquema se observa que, existiendo solo siete artículos sancionatorios en materia de impuesto al consumo, la Ley no consagró un procedimiento uniforme para cada caso, sino que remitió a diferentes postulados normativos, cada uno con su propia problemática.

Lo anterior justifica un análisis integral, tanto de cada sanción como de cada procedimiento.

2.1. **Problemas de las sanciones en materia de impuesto al consumo**

Uno de los problemas jurídicos que plantea el régimen sancionatorio en materia de impuestos territoriales hace referencia a si, una vez consagrados en un mandato legal, es necesario que cada ordenanza —o, en otros casos, cada acuerdo municipal— deba implantarlo en su propia legislación para poder operar.

Igualmente, surgen dudas sobre cuál es el efecto de situaciones en donde coexisten dos normas contrarias (una contenida en una ordenanza y otra en una ley) o de los casos en donde los Departamentos no han acogido o modificado sus normas a las nuevas disposiciones legales.

De las diferentes mesas de expertos y de las reuniones que tuvimos con diferentes departamentos, así como de la lectura de algunas ordenanzas, entendemos que no existe claridad en diferentes entidades sobre esta problemática, en donde algunas optan por aplicar sus propias regulaciones, incluso cuando van en contravía de la sanción legal. En otras curiosas interpretaciones, que ya han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales, se opta por aplicar una sanción general del artículo 651 del Estatuto Tributario, por encima de las normas particulares de la Ley 1762 de 2015.

Una situación agravante de lo anterior se observa cuando algunas ordenanzas replican los postulados legales y éstos, a nivel territorial, son declarados nulos por diferentes fallos del Consejo de Estado, aunque la ley se mantenga vigente y con presunción de legalidad.

Por ejemplo, la Ley 1762 de 2015 consagró las siguientes sanciones, actualmente demandadas ante la Corte, pero cuyas réplicas mediante ordenanzas ya han sido objeto de fallos de nulidad, como veremos más adelante

Ley 1762 de 2015:

ARTÍCULO 21. Sanción de multa por no movilizar mercancías dentro del término legal. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, en los eventos en que procedan, si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Secretaría de Hacienda Departamental o por la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital según corresponda, con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de demora.

ARTÍCULO 22. Sanción de multa por no radicar tornaguías para legalización. El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de productos con respecto a los cuales deba pagarse impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Ahora bien, entre otros fallos, mediante sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferida el 23 de septiembre de 2013, con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Ref. 660012331000200900154 01. Rad. 18610, se declaró la nulidad de las siguientes normas en Risaralda:

ARTÍCULO 188. SANCIÓN POR NO MOVILIZACIÓN DE MERCANCIAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. Una vez expedida la tornaguía, si los transportadores no comienzan la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo dentro del plazo señalado en el Artículo 5° del Decreto 3071 de 1997, el sujeto pasivo o responsable se hará acreedor a una sanción equivalente al 5% del valor del impuesto de la mercancía que esta amparando la tornaguía.

ARTÍCULO 189. SANCIÓN POR LEGALIZACIÓN EXTEMPORÁNEA DE TORNAGUÍA. Cuando los sujetos pasivos o responsables no legalicen las tornaguías dentro del plazo estipulado en el Artículo 10 del Decreto 3071 de 1997, se harán acreedores a una sanción equivalente al 5% del valor del impuesto de la mercancía que esta amparando la tornaguía.

ARTÍCULO 190. SANCIÓN POR NO LEGALIZACIÓN DE TORNAGUÍA. Se entiende por no legalización de la tornaguía, cuando vencido el término estipulado por el Decreto 3071 de 1997, el sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o de las participaciones económicas, no legaliza ante la administración departamental la tornaguía y es requerido por la administración para que cumpla con esta obligación, estos se harán acreedores a una sanción equivalente al 10% del valor del impuesto de la mercancía que esta amparando la tornaguía.

Dentro de los fallos que ratifican la ilegalidad de este tipo de disposiciones, se encuentran los siguientes:

- Estatuto Tributario César (4 normas sancionatorias): sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferida el 06 de diciembre de 2012, con ponencia de la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia Ref. 20001-23-31-000-2008-00139-01 Rad. 18716.

- Estatuto Tributario Risaralda (3 normas sancionatorias): sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferida el 23 de septiembre de 2013, con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Ref. 660012331000200900154 01. Rad. 18610.
- Estatuto Tributario Norte de Santander (Anterior Ordenanza 0012 del 6 de junio de 1996 sobre la no presentación de la tornaguía o falta de la misma o por cantidad mayor o menor de la indicada; extemporaneidad en la presentación de las tornaguías y el despacho de las mercancías): sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferida el 15 de marzo de 2002, con ponencia del doctor Germán Ayala Mantilla, Ref. 54001-23-31-000-1998-0166-01 Rad. 12257
- Estatuto Tributario Tolima (Anterior Ordenanza 057 de 1997 art. 330 modificado por la Ordenanza 057 de 1998 art. 18-sanción por no legalización de tornaguías): Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferida el 16 de diciembre de 2011, con ponencia de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Ref. 73001-23-31-000-2004-01574-01 Rad. 17561.

Siguiendo la misma lógica del fallo antes citado, hemos detectado que los siguientes departamentos replican esas normas:

- Estatuto Tributario del Atlántico

Decreto Ordenanza 000823 de 2003 (noviembre 28)

ARTÍCULO 86.- Extemporaneidad en la legalización de tornaguías. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 10°. del Decreto 3071 de 1.997 y en procura de ejercer un mayor control sobre los productos objeto de monopolio o impuesto al consumo que se introduzcan al Departamento del Atlántico, éste fijará una sanción por extemporaneidad en el proceso de legalización de la respectiva tornaguía mediante el cual se movilizaron los productos, que será equivalente al cinco por ciento (5 %) del valor de la participación o impuesto al consumo causado por la mercancía amparada con la tornaguía, por cada mes o fracción de mes de extemporaneidad en la legalización de la misma, sin perjuicio de los intereses por mora que ello genere. (Ordenanza No. 000041/2002).

ARTÍCULO 87.- Extemporaneidad en la anulación de tornaguías. De acuerdo con lo establecido en el artículo 5°. del Decreto 3071 de 1.997, la anulación de tornaguías expedidas por el Departamento del Atlántico procederá cuando la solicitud se haga por escrito al día hábil siguiente, posterior al plazo máximo para movilizar la mercancía y se argumente el motivo de anulación. Si la solicitud de anulación se hace en un plazo superior al establecido en el presente artículo, se considerará extemporánea, por lo que se deberá liquidar y pagar una sanción equivalente al uno por ciento (1%) del valor de la participación o impuesto al consumo causado por la mercancía amparada con dicha tornaguía por cada día de extemporaneidad. Este proceso será soportado por acta de verificación que acredite la no movilización de los productos. (Ordenanza No. 000041/2002).

- Estatuto Tributario Norte de Santander

Ordenanza No. 0014 de 19 de diciembre de 2008

ARTÍCULO 430. SANCIÓN POR NO MOVILIZACION DE MERCANCÍAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. (Ordenanza 010 del 13 de junio de 2007). Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, una vez expedida la tornaguía, si los transportadores no comienzan la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo o participaciones económicas dentro del plazo señalado en el artículo 5 del Decreto 3071 de 1997, el sujeto pasivo o responsable se hará acreedor a una sanción equivalente al dos (2) SMLMV por cada día de mora.

PARÁGRAFO. La Secretaría de Hacienda Departamental podrá en caso de fuerza mayor o caso fortuito no dar aplicación a la sanción, siempre y cuando se de previo aviso de la ocurrencia de los hechos y demostrarlos en un término no mayor a doce (12) horas.

ARTÍCULO 431. SANCIÓN POR LEGALIZACIÓN EXTEMPORÁNEA DE TORNAGUÍA. (Ordenanza 010 del 13 de junio de 2007). Cuando los sujetos pasivos o responsables no legalicen las tornaguías dentro del plazo estipulado en el Artículo 10 del Decreto 3071 de 1997, se harán acreedores a una sanción equivalente medio (1/2) SMLMV por cada día de demora, sin que el total de la sanción sobrepase el 100% de precio de fábrica o el valor en aduana de los productos, según sea el caso.

ARTÍCULO 432. SANCIÓN POR NO LEGALIZACIÓN DE TORNAGUÍA. (Ordenanza 010 del 13 de junio de 2007). El sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o de las participaciones económicas, que no legalice las tornaguías reguladas por el Decreto 3071 de 1997, o la norma que lo modifique o reemplace, se harán acreedores a una sanción equivalente un (1) SMLMV, por cada día de demora, sin que el total de la Sanción sobrepase el 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de la mercancía transportada.

ARTÍCULO 433. SANCIÓN POR LA NO CORRESPONDENCIA ENTRE LOS PRODUCTOS TRANSPORTADOS Y LOS AMPARADOS POR LA TORNAGUÍA. (Ordenanza 010 del 13 de junio de 2007). Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, el sujeto pasivo o responsable que transporte mayor cantidad de productos que los amparados por la tornaguía, se hará acreedora una sanción equivalente Al 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de los productos transportados.

- Estatuto Tributario Santander

Ordenanza No. 077 de 2014

ARTÍCULO 596. -MULTA POR NO MOVILIZAR MERCANCIAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, una vez expedida la tornaguía, si los transportadores no comienzan la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo o participación económica dentro del plazo señalado en el Artículo 5 del Decreto 3071 de 1997, el sujeto pasivo o responsable se hará acreedor a una multa equivalente a un (1) S.M.D.L.V. Salario Mínimo Diario Legal Vigente por cada día de demora.

PARÁGRAFO. - La Secretaría de Hacienda Departamental podrá exonerar la sanción en caso de fuerza mayor o caso fortuito.

ARTÍCULO 597.-MULTA POR NO LEGALIZACIÓN DE LAS TORNAGUÍAS. El sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o participación económica, que no legalicen las tornaguías reguladas por el Decreto 3071 de 1997, se harán acreedores a una multa equivalente un (1) Salario Mínimo Diario Legal Vigente S.M.D.L.V., por cada día de demora, sin que el total de la multa sobrepase el 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de la mercancía transportada, en el evento en que la multa de que trata el presente artículo sea inferior a la mínima prevista en el presente estatuto, deberá aplicarse esta última.

ARTÍCULO 598.-MULTA POR LEGALIZACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA TORNAGUÍA. El sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o participación económica, que legalice las tornaguías reguladas por el Decreto 3071 de 1997, de forma extemporánea se harán acreedores a una multa equivalente un (1) Salario Mínimo Diario Legal Vigente S.M.D.L.V, por cada día de demora, sin que el total de la misma sobrepase el 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de la mercancía transportada.

ARTÍCULO 599.-MULTA POR LA NO CORRESPONDENCIA ENTRE LOS PRODUCTOS TRANSPORTADOS Y AMPARADOS POR LA TORNAGUÍA. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, el sujeto pasivo o responsable que transporte mayor cantidad de productos que los amparados por la tornaguía, se hará acreedora a una multa equivalente al 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de los productos transportados.

- Estatuto Tributario de Boyacá

Ordenanza No. 030 de 2017

ARTÍCULO 38. TÉRMINO PARA INICIAR LA MOVILIZACIÓN DE LAS MERCANCIAS AMPARADAS POR TORNAGUÍAS.

(...)

La solicitud de anulación de la tornaguía dentro de los términos tendrá un costo de uno y medio (1.5) UVT y en caso de solicitud extemporánea tendrá un costo de (3) UVT.

ARTÍCULO 43. TÉRMINO PARA LA LEGALIZACIÓN.

(...)

PARÁGRAFO 2.- El incumplimiento de términos para la legalización de la tornaguía será sancionado con cinco (5) UVT por cada tornaguía no legalizada, la cual se aplicará observando el proceso para la imposición de sanciones previstas para este Estatuto.

ARTÍCULO 49. -REGLAMENTACIÓN DE LAS TORNAGUÍAS. Todo lo relacionado con las autorizaciones para el transporte, competencias, términos de movilización, contenido y codificación de las tornaguías, documentos, legalización y demás relacionadas con las tornaguías, observará lo establecido en el Decreto 3071 del 23 de diciembre de 1997 o en la norma vigente que reglamente el Sistema Único Nacional de control de transporte de productos gravados con impuesto al consumo, y será reglamentado por la Secretaría de Hacienda en concordancia con la demás reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

- Estatuto Tributario de Cundinamarca

Ordenanza No. 216 de 2014

ARTÍCULO 168. TÉRMINO PARA INICIAR LA MOVILIZACIÓN DE LAS MERCANCIAS AMPARADAS POR TORNAGUÍAS.

(...)

La solicitud de anulación extemporánea, es decir la realizada con posterioridad a los tres (3) días hábiles de que trata el inciso anterior acarreará la sanción por no enviar información contemplada en el presente Estatuto.

ARTÍCULO 427.- SANCIÓN POR NO ENVIAR INFORMACIÓN.

(...)

PARÁGRAFO. - Cuando la información que no se reporte o se realice extemporáneamente a la Administración Tributaria Departamental, se refiere a la legalización o anulación de tornaguías, la multa será desde diez (10) UVT hasta dos mil (2000) UVT, sin que supere el cinco por ciento (5%) de valor de la tornaguía.

ARTÍCULO 646.- MULTA POR NO PORTAR TORNAGUÍA. El contribuyente registrado que no porte y exhiba ante la autoridad competente la tornaguía que ampare los productos gravados con el impuesto al consumo que transporta, y siempre y cuando la Administración Tributaria Departamental pueda constatar mediante otros documentos la procedencia legal de los productos, serán sancionados con multa entre cien (100) UVT y quinientas (500) UVT.

La exhibición de la tornaguía deberá realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al momento del operativo de control, caso en el cual la fecha de expedición no podrá ser posterior a éste. Vencido este plazo se procederá a la aprehensión.

Esta multa se aplicará cuando no existan otras causales para aprehender los productos.

La determinación de la multa atenderá a principios de proporcionalidad y el grado de afectación a las rentas por parte del infractor. En caso de reincidencia, esta multa podrá incrementarse hasta el doble.

ARTÍCULO 647. MULTA POR INCONSISTENCIAS EN LA TORNAGUÍA. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, el contribuyente o responsable que transporte productos gravados con el impuesto al consumo y cuya tornaguía presente inconsistencias, se hará acreedor a las multas señaladas a continuación:

1. Cuando la inconsistencia se refiera a diferencias en la cantidad realmente transportada, serán sancionados con multa entre cien (100) UVT y mil (1000) UVT, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar, según sea el caso, de los productos transportados.

2. Cuando la inconsistencia se refiera a los datos de identificación del contribuyente o del medio de transporte, la multa será de veinte (20) UVT.

La determinación de la multa atenderá a principios de proporcionalidad y el grado de afectación a las rentas por parte del infractor. En caso de reincidencia, esta multa podrá incrementarse hasta el doble.

ARTÍCULO 648. MULTA POR NO MOVILIZACIÓN DE LA MERCANCIA FUERA DEL TÉRMINO ESTABLECIDO. Sin perjuicio de la aprehensión y el decomiso de la mercancía, el contribuyente o responsable que no inicie la movilización de los productos amparados por la tornaguía dentro del plazo señalado en el presente Estatuto, se hará acreedor de una multa equivalente a cien (100) UVT por cada día de retardo.

- Estatuto Tributario Antioquia

Ordenanza No. 29 de 2017

ARTÍCULO 159. SANCIONES

(...)

XI. Si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Autoridad Tributaria Departamental con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de mora

XII. El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de productos con respecto a los cuales deban pagarse el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (UVT) por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito. Esta sanción se aplicará en iguales términos y circunstancias en el caso de tornaguías que contengan productos sometidos al Régimen de Monopolios de Licores.

- Estatuto Tributario Bolívar

Ordenanza No. 17 julio 31 de 2011 “por medio del cual se modifica el Estatuto Tributario del Departamento de Bolívar y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO 75. MULTA POR NO MOVILIZAR MERCANCIAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, una vez expedida la tornaguía, si los transportadores no comienzan la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo o participación económica dentro del plazo señalado en el Artículo 5 del Decreto 3071 de 1997, el sujeto pasivo o responsable se hará acreedor a multa equivalente a un (1) S.M.D.L.V. Salario Mínimo Diario Legal Vigente por cada día de mora.

ARTÍCULO 76. -MULTA POR NO LEGALIZACIÓN DE TORNAGUÍAS. El sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o participación económica, que no legalicen las tornaguías reguladas por el Decreto 307 de

1997, se harán acreedores a una multa equivalente un (1) Salario Mínimo Diario Legal Vigente S.M.D.L.V., por cada día de demora, sin que el total de la multa sobrepase el 100% del precio de fábrica o valor en aduna, según sea el caso, de la mercancía transportada, en el evento en que la multa de que se trate el presente artículo sea inferior a la mínima prevista en el presente estatuto, deberá aplicarse esta última.

ARTÍCULO 77. -MULTA POR LEGALIZACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA TORNAGUÍA. El sujeto pasivo o responsable de los impuestos al consumo o participación económica, que no legalicen las tornaguías reguladas por el Decreto 307 de 1997, de forma extemporánea se harán acreedores a una multa equivalente un (1) Salario Mínimo Diario Legal Vigente S.M.D.L.V, por cada día de mora, sin que el total de la misma sobrepase el 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de la mercancía transportada.

ARTÍCULO 78.- MULTA POR LA NO CORRESPONDENCIA ENTRE LOS PRODUCTOS TRANSPORTADOS Y AMPARADOS POR LA TORNAGUÍA. Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, el sujeto pasivo o responsable que transporte mayor cantidad de productos que los amparados por la tornaguía, se hará acreedora de una multa equivalente al 100% del precio de fábrica o valor en aduana, según sea el caso, de los productos transportados.

- Estatuto Tributario Valle del Cauca

Ordenanza No. 474 del 22 de diciembre de 2017

ARTÍCULO 424.- Sanción de multa por no Movilizar Mercancías dentro del Término Legal. (Conc. Art. 21 Ley 1762 de 2015). Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, en los eventos en que procedan, si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, o participación de licores o participación de alcohol potable, dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Unidad Administrativa Especial de Impuestos, Rentas y Gestión Tributaria o quien haga sus veces, con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de mora.

ARTÍCULO 425.- Sanción de Multa por no Radicar Tornaguías para Legalización (Conc. Art. 22 Ley 1762 de 2015). El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de producto con respecto a los cuales deba pagarse impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, la participación de licores, o la participación de alcohol potable, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo, la participación de licores, o la participación de alcohol potable generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito.

ARTÍCULO 426.- Sanción por solicitar anulación de Tornaguías. Si pasados tres (3) días de expedidas las tornaguías, el sujeto pasivo o responsable solicita la anulación de las tornaguías, se hará acreedor a una sanción mínima establecida en el Artículo 639 del Estatuto Tributario Nacional que equivale a 10 UVT.

- Estatuto Tributario Tolima

Ordenanza No. 00014 de 2017

ARTÍCULO 424. SANCIÓN DE MULTA POR NO MOVILIZAR MERCANCÍAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL.

Sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de los productos, en los eventos en que procedan, si una vez expedida la tornaguía, no se llevare a cabo la movilización de los productos gravados con impuestos al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 dentro del plazo señalado por la normativa vigente, el sujeto pasivo será sancionado por la Dirección de Rentas, con cuarenta y seis (46) UVT por cada día de mora.

ARTÍCULO 425. SANCIÓN DE MULTA POR NO RADICAR TORNAGUÍAS PARA LEGALIZACIÓN.

El transportador encargado de radicar ante las autoridades la tornaguía de producto con respecto a los cuales deba pagarse impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995, y el sujeto pasivo del impuesto al consumo generado por la mercancía transportada por el transportador, serán sancionados cada uno con multa equivalente a cuarenta y seis (46) UVT por día transcurrido, sin que el monto sobrepase el doscientos por ciento (200%) del valor comercial de la mercancía transportada, cuando no radiquen las tornaguías de movilización de la mercancía correspondiente para que sean legalizadas por la autoridad competente, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas.

Por otra parte, detectamos los siguientes problemas en algunas sanciones de la Ley, aclarando que muchos de los problemas, como ya se dijo, son procedimentales y se estudiarán más adelante:

Sanción: ARTÍCULO 16. SANCIÓN DE CIERRE DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO.

- La prescripción para que *“el cierre del establecimiento de comercio genera para su titular o titulares la prohibición de registrar o administrar en el domicilio donde se cometió la infracción o en cualquier otro dentro de la misma jurisdicción, directamente o por interpuesta persona, un nuevo establecimiento de comercio con objeto idéntico o similar, por el tiempo que dure la sanción”* puede considerarse desproporcionada, ya que ni siquiera el Estatuto Tributario dispone una amplificación de las consecuencias para otros establecimientos libres de infracción.
- Existe falta de claridad sobre la forma de valorar las mercancías y la remisión que la norma contiene no es técnica⁴⁶.

Sanción: ARTÍCULO 18. SANCIÓN DE MULTA POR NO DECLARAR EL IMPUESTO AL CONSUMO.

- La redacción de esta sanción no es técnica, ya que hace referencia a la omisión en la declaración, pero también su contenido señala como infracción *“no declarar oportunamente”*, lo que en derecho tributario son dos cosas completamente diferentes.
- Se hace una referencia a un cálculo residual de la sanción en donde se toma la última declaración de renta, lo cual puede ser desproporcionado o, en todo caso, un referente de difícil aplicación para infractores que comercializan diferentes productos u obtienen ingresos de diferentes fuentes
- La reducción aplica solo para un momento específico, dejando una laguna cuando se trata de presentaciones extemporáneas, pero antes de iniciar un proceso administrativo.

Sanción: ARTÍCULO 20. SANCIÓN DE MULTA POR EXTEMPORANEIDAD EN EL REGISTRO.

- A diferencia de lo que sucede con todas las sanciones tributarias e incluso penales, este artículo no permite determinar un límite, tope o techo máximo de la sanción, lo que la hace confiscatoria.

Sanción: ARTÍCULO 21. SANCIÓN DE MULTA POR NO MOVILIZAR MERCANCÍAS DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL.

- Al igual que en el anterior caso, este artículo no permite determinar un límite, tope o techo máximo de la sanción, lo que la hace confiscatoria.

⁴⁶ *“Para efectos del avalúo de que trata el presente artículo, se atenderán criterios de valor comercial, y como criterios auxiliares se podrá acudir a los términos consagrados por el Estatuto Tributario y el Estatuto Aduanero.”*

Sanción: ARTÍCULO 22. SANCIÓN DE MULTA POR NO RADICAR TORNAGUÍAS PARA LEGALIZACIÓN.

- Esta disposición no señala expresamente quién es el sujeto de la sanción y confunde a los sujetos del mismo, haciendo referencia al *sujeto pasivo*, sin aclarar si este lo es del tributo o de la infracción.
- En este artículo se vincula a los sujetos pasivos del impuesto, quienes no tienen responsabilidad en la infracción sancionable, que se atribuye únicamente al transportador. Por esto, vincula sujetos que no cometen la hipótesis sancionable.

2.2. Problemas procedimentales en la Ley 1762 de 2015

Las tres normas procedimentales aplicables a esos siete artículos que incluyen sanciones administrativas de carácter tributario son las siguientes:

ARTÍCULO 23. PROCEDIMIENTO PARA MERCANCÍAS CUYA CUANTÍA SEA IGUAL O INFERIOR A 456 UVT. *Cuando las autoridades de fiscalización de los departamentos o del Distrito Capital de Bogotá encuentren productos sometidos al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 que tengan un valor inferior o igual a cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT, y no se acredite el pago del impuesto, procederán de inmediato a su aprehensión.*

Dentro de la misma diligencia de aprehensión, el tenedor de la mercancía deberá aportar los documentos requeridos por el funcionario competente que demuestren el pago del impuesto. De no aportarse tales documentos se proferirá el acta de aprehensión, reconocimiento, avalúo y decomiso directo de los bienes.

En esa misma acta podrá imponerse la sanción de multa correspondiente y la sanción de cierre temporal del establecimiento de comercio, cuando a ello hubiere lugar.

El acta de la diligencia es una decisión de fondo y contra la misma procede únicamente el recurso de reconsideración.

PARÁGRAFO 1o. Cuando con ocasión del recurso de reconsideración o de la petición de revocatoria directa interpuesta contra el acta de aprehensión y decomiso, se determine que el valor de la mercancía aprehendida y decomisada directamente resulta superior a la cuantía de cuatrocientas cincuenta y seis (456) UVT, prevista en el inciso 1o de este artículo, se le restablecerán los términos al interesado y se seguirá el procedimiento administrativo sancionador previsto en el artículo 24 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. El procedimiento previsto en este artículo podrá igualmente aplicarse, respecto de los productos extranjeros sometidos al impuesto al consumo que sean encontrados sin los documentos que amparen el pago del tributo. En estos casos, sin perjuicio de la correspondiente disposición de los bienes en los términos que ordena la presente ley, el departamento o el Distrito Capital deberán dar traslado de lo actuado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como dar aviso inmediato de esta circunstancia a la Unidad de Información y Análisis Financiero, para que inicien las actuaciones o tomen las determinaciones propias de su ámbito de competencia.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos del avalúo de que trata el presente artículo, la mercancía será valorada en los términos consagrados por el Estatuto Tributario, el Estatuto Aduanero y las normas previstas en la presente ley.

En los aspectos no contemplados en este capítulo, se seguirá lo dispuesto por el Estatuto Tributario, en lo que sea compatible.

ARTÍCULO 24. PROCEDIMIENTO PARA MERCANCÍAS CUYA CUANTÍA SEA SUPERIOR A 456 UVT. *Las sanciones de decomiso de la mercancía, cierre del establecimiento de comercio,*

suspensión o cancelación de las licencias, autorizaciones, concesiones y registros y las multas establecidas en los artículos 15 a 19 de la presente ley, se impondrán de acuerdo con el siguiente procedimiento:

El funcionario encargado de la función de fiscalización, de oficio o a solicitud de parte, adelantará las averiguaciones preliminares que culminaran con un informe presentado al Secretario de Hacienda del departamento o del Distrito Capital quien proferirá pliego de cargos, cuando corresponda, en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

El investigado, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la formulación de cargos, podrá presentar los descargos y, solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a 30 días.

Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de la fecha para presentar los alegatos, el funcionario deberá proferir decisión definitiva.

Contra el acto administrativo que impone la sanción procederá el recurso de reconsideración, que se interpondrá dentro de los diez (10) días, siguientes a la notificación de la resolución que impone la sanción y se decidirá dentro de los treinta (30) días, siguientes a su interposición, por el Gobernador o el Alcalde Mayor del Distrito Capital, según sea el caso.

En los aspectos no contemplados en este capítulo, se seguirá lo dispuesto por el Estatuto Tributario, en lo que sea compatible.

ARTÍCULO 25. PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN DE MULTA. *Para la aplicación de las multas de que tratan los artículos 20 a 22 de la presente ley, se seguirá el procedimiento sancionatorio previsto en el Decreto número 2685 de 1999 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.*

A continuación, desarrollaremos cuáles son los principales problemas de cada uno de estos artículos. Adicionalmente, existe una sanción, la correspondiente al artículo 18, que en nuestra opinión NO puede regirse por el procedimiento de los artículos 23 y 24, aunque la misma Ley así lo prevea, ya que esto genera dificultades en su aplicación, potenciales violaciones a garantías procesales y una eventual inconstitucionalidad.

Críticas comunes a los procedimientos

En los artículos que regulan el procedimiento para el régimen sancionatorio de la Ley 1762 de 2015 no se contemplan aspectos fundamentales que deberían permear un correcto esquema de discusión:

- No hay referencias a la caducidad de la acción sancionatoria o prescripción de las facultades de la Administración para iniciar sus actuaciones.
- No hay análisis en materia probatoria ni reglas referidas a este aspecto.
- No hay elementos que permitan identificar claras reglas de competencia, motivación, notificación u otros aspectos que deberían estar señalados.
- No hay referencias a la interacción con las normas que podrían aplicarse por remisión (Estatuto Tributario, Estatuto Aduanero o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo), en lo referente a las reglas que estos compendios tienen para efectos de reducción de sanciones, principios sancionatorios, silencios administrativos o causales de nulidad específicas. En este sentido, al haber remisiones parcializadas, el operador jurídico y el contribuyente deben hacer esfuerzos hermenéuticos para definir si determinadas reglas de esos Estatutos o Códigos tienen incidencia y aplicación en las materias en discusión.

En conclusión, muchas de las normas procedimentales enfrentan problemas de claridad que dificultan resolver dudas sobre:

1. Términos procesales
2. Integración con la totalidad de principios y reglas de los otros compendios normativos
3. Necesidad de reglamentación o desarrollo en la normativa local de procedimiento

Por esto, el esquema procedimental de la Ley es ecléctico, complejo, confuso y de difícil aplicación.

Críticas al artículo 23 de la Ley 1762 de 2015

Como ya hemos señalado, el artículo 23 no expresa, a diferencia del artículo 24, a cuáles tipos sancionatorios puede aplicarse, aunque sí se consagra como instrumento de control para mercancías con cuantías igual o inferior a 456 Unidades de Valor Tributario.

Adicionalmente, aunque se haga referencia a un procedimiento, esta norma remite al artículo 24 y no expresa un proceso claro que sea aplicable, lo que ha generado discusiones que la propia Federación Nacional de Departamentos ha resumido de la siguiente forma, en un concepto proferido precisamente para tratar de aclarar algunas de las dificultades que genera esta norma:

“Esta norma consagrada en el citado artículo 23 ha generado diversas interpretaciones disímiles sobre varios aspectos. Las más relevantes están relacionadas con: (i) su efectividad y aplicación inmediata; (ii) el procedimiento que debe seguirse para realizar las actuaciones. Recurso de reconsideración y, (iii) la delegación en este procedimiento.”

Lo anterior sucede por cuanto la norma tiene estas falencias:

1. Como ya se mencionó, a diferencia del artículo 24, no expresa a qué sanciones aplica.
2. Si bien da unas pautas procesales, no desarrolla un procedimiento establecido.
3. Señala que en el proceso de decomiso podrá aplicarse las otras sanciones, pero no contempla lo que sucede cuando esas sanciones son independientes y autónomas.
4. Hace una remisión genérica al Estatuto Tributario.

Partiendo de estas ambigüedades, y considerando las dificultades hermenéuticas de la norma, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-403 de 2016 señalando:

El artículo 570 [del Nuevo Estatuto Aduanero] establece el “Procedimiento de decomiso directo” en donde se indica que, “Dentro de la misma diligencia de decomiso directo, el interesado deberá aportar los documentos requeridos por el funcionario competente, que demuestren la legal importación de los bienes y que impidan su decomiso. El acta de decomiso directo es una decisión de fondo y contra la misma procede únicamente el Recurso de Reconsideración y se notificará de conformidad con las reglas especiales previstas en el presente Decreto”. Finalmente se dice que, “Cuando el Decomiso recaiga sobre mercancías sometidas al impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995, una vez en firme, la copia del acta de decomiso se remitirá al fisco regional del lugar donde se practicó el mismo”. Como se puede apreciar la ejecución de la sanción de decomiso se hace de manera directa y solo le queda al investigado la posibilidad de utilizar el recurso de reconsideración para poder controvertir el acto administrativo.

6.26. El recurso de reconsideración se encuentra regulado en el artículo 720 del E.T., en donde se explica que dicho recurso puede interponerse, salvo norma expresa, ante la oficina competente para conocer los recursos tributarios dentro de los 2 (dos) meses siguientes a la notificación de la sanción. Posteriormente se indica en el artículo 732 del E.T. que la administración tendrá un término de un (1) año para resolver el recurso de reconsideración y que si transcurre un año, sin que el recurso de reconsideración sea resuelto se entenderá que fue fallado a favor del recurrente, aplicando el silencio administrativo positivo (artículo 734 del E.T.).

(...)

En este caso, en tratándose de medidas sancionatorias, la multa y el cierre del establecimiento de comercio cuya constitucionalidad se debatía, exigen el agotamiento de un procedimiento garantista, previo a su adopción. Así, respecto de la sanción administrativa de cierre del establecimiento de comercio, por las infracciones en materia del impuesto al consumo, el procedimiento para su imposición se encuentra en el artículo 657 del Estatuto Tributario, que en su inciso 11 dispone “La sanción a que se refiere el presente artículo (relativo al cierre de establecimiento de comercio), se impondrá mediante resolución, previo traslado de cargos a la persona o entidad infractora, quien tendrá un término de diez (10) días para responder. La sanción se hará efectiva dentro de los diez (10) días siguientes al agotamiento de la vía gubernativa”. En lo que concierne a la multa, al no existir un procedimiento específico en el Estatuto Tributario para esta sanción, le resulta aplicable el procedimiento previsto en el CPACA para las sanciones administrativas desprovistas de procedimiento especial. En estos términos, tratándose de sanciones administrativas, luego de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se concluye que sí existe un procedimiento garantista previo a su imposición, por lo que la norma que las prevé es constitucional.

En este orden de ideas, compartimos la lectura que hace la Federación Nacional de Departamentos respecto al fallo, en el sentido de que no resulta aclarador de la problemática y, al contrario, la hace más compleja.

La estructura de remisión que la misma Corte Constitucional utilizó no está exenta de complejidad, pero es posible identificarla a través de un análisis juicioso y detallado de esa sentencia. Para el estudio del caso la Corte directamente hizo el análisis de las posibles remisiones normativas y concluyó que de forma principal puede entenderse que el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 23 puede complementarse por integración con lo establecido en (i) la misma Ley 1762 de 2015, (ii) el Estatuto Tributario, (iii) el Estatuto Aduanero y (iv) el procedimiento administrativo sancionador consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De hecho, consideramos que el análisis de la Corte no fue riguroso desde la óptica procesal y salta de las normas aduaneras a las tributarias de manera errónea.

Ese error se nota en la referencia que se hizo al recurso de reconsideración del Estatuto Tributario, por lo que la Federación Nacional de Departamentos, luego de estudiar si esa referencia era un *obiter dicta* o *ratio decidendi*, opta por considerarla dentro de la primera categoría y concluir al respecto:

Si lo anterior es así, para hacer armónico, razonable, ágil, con un efecto útil en el cumplimiento de su finalidad constitucional, el procedimiento que debe usarse, específicamente para el trámite del recurso de reconsideración consagrado en el artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, debe ser el mismo consagrado en el artículo 24. Por esta vía se está garantizando el debido proceso y el derecho de defensa, se da efecto útil al procedimiento consagrado en el artículo 23, se evitan incentivos indebidos (como el “pitufeo”) y se garantiza el cumplimiento de las finalidades constitucionales y legales de la norma.

Por lo anterior, no cabe duda acerca de que la norma aplicable procedimentalmente para la presentación del recurso de reconsideración, en lo que respecta al artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, es el mismo consagrado en el artículo 24 de esa normatividad

Más allá de la posición jurídica que se tome, estos dos análisis precedentes demuestran la indebida redacción del procedimiento, lo cual genera complejidades que no son teóricas, sino prácticas. Esta lectura se ratifica con las entrevistas realizadas con funcionarios departamentales, quienes son conscientes de estos obstáculos y de la falta de claridad normativa; y, en ese sentido, promueven la necesidad de reglamentar el procedimiento en su normativa territorial. De hecho, en Cundinamarca ha primado la aplicación de las disposiciones de la ordenanza, frente a las contenidas en la ley.

Críticas al artículo 24 de la Ley 1762 de 2015

El artículo 24 es mucho más claro, concreto y desarrollado que el contenido en el artículo 23. Sin embargo, el régimen sancionatorio, que puede ser razonable para efectos de imponer las sanciones de multa, deja algunas dudas respecto su aplicación en materia de decomiso.

En este orden de ideas, el procedimiento contiene vacíos que pretenden llenarse con una remisión al Estatuto Tributario, lo cual puede generar dificultades. En especial, frente a la intención de que sea este Estatuto, y no el Aduanero, el que sirva de referente para los casos de decomiso, figura que no se desarrolla en el Estatuto Tributario. Del mismo modo, los vacíos respecto a si procede la garantía en reemplazo de aprehensión, el análisis integral u otras figuras del Estatuto Aduanero, quedan sin complementarse en la aplicación de esta norma.

Otras complejidades, sin embargo, no se llenan normativamente, con una fórmula que resuelva las eventuales lagunas interpretativas, por ejemplo, cuando se piensa en el régimen de notificaciones, en donde el Estatuto Tributario hace referencia en diferentes oportunidades al Registro Único Tributario, el cual, en diversos Departamentos, puede no tener un equivalente. Lo mismo sucede cuando se presentan dudas respecto a la aplicación de figuras tributarias como los allanamientos o las reducciones contenidas en el artículo 640.

Sin embargo, el principal problema de este artículo tiene que ver con su aplicación frente a la sanción contenida en el artículo 18, referida a la no declaración del pago del impuesto al consumo, que estudiaremos en el siguiente subcapítulo.

Críticas al artículo 25 de la Ley 1762 de 2015

Las sanciones contenidas en los artículos 20 a 22 tienen varias críticas que analizaremos en el capítulo correspondiente al régimen sancionatorio.

Frente al régimen procedimental, se hace expresa referencia al Decreto 2685 de 1999, derogado, pero incluye sus modificaciones y adiciones, razón por la cual se interpreta que la norma aplicable es la contenida en el Decreto 1165 de 2019.

Históricamente, durante el periodo comprendido entre 2016 y 2019 se crearon muchas dificultades debido a la inseguridad jurídica ofrecida en este ámbito, ya que la primera norma que modificó radicalmente el Decreto 2685 de 1999 fue el Decreto 390 de 2016, que tuvo una vigencia escalonada, la cual, en innumerables casos, creó un estado de incertidumbre frente a su real entrada en vigor.

Sorprende entonces, que en sanciones que son meramente operativas relacionadas con el registro, radicación de tornaguías y no movilizaciones, aplique exclusivamente la normativa aduanera, cuando su naturaleza pareciera ser ajena a este tipo de controversias. Esto resulta aún más cuestionable si se tiene en cuenta que históricamente habían sido recogidas por diferentes ordenanzas con procedimientos similares al sancionatorio establecido en el Estatuto Tributario y que, incluso para su imposición, habían optado con demandas de nulidad contra esta alternativa, por la aplicación del artículo 651 de ese Estatuto.

En sentido estricto, si se hace referencia al procedimiento del régimen sancionatorio del Decreto 2685 de 1999 y sus modificaciones, deberían aplicarse las reducciones, reglas de notificaciones, caducidad y silencio administrativo positivo relacionados.

Como nos dejaron saber algunos de los expertos entrevistados, tales como Roberto Insignares, ésta es la nuez del problema. Cuando en el proceso de técnica legislativa, se acude a remisiones de normas como las del procedimiento tributario y sancionatorio, las cuales en su momento fueron concebidas para los impuestos nacionales y luego se ordenó aplicar a los entes territoriales, se generan muchas distorsiones, toda vez que la dinámica de los impuestos territoriales, en particular los relativos al impuesto al consumo, son completamente distintas y requieren de una normatividad especial a fin de corregir esta situación.

2.3 . Interacción de los problemas procedimentales de la Ley con el régimen del impuesto al consumo

La Ley 223 de 1995 remitía, para efectos de administración del impuesto al consumo, al Estatuto Tributario.

Así, para cerveza, licores y cigarrillos, se hacía expresa referencia a este procedimiento, de esta manera:

CAPÍTULO VII.

IMPUESTO AL CONSUMO DE CERVEZAS, SIFONES Y REFAJOS

ARTÍCULO 199. ADMINISTRACIÓN DEL IMPUESTO. *La fiscalización, liquidación oficial, cobro y recaudo del impuesto al consumo de que trata este Capítulo es de competencia de los departamentos, y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal. Los departamentos y el Distrito Capital aplicarán en la determinación oficial del impuesto los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional. El régimen sancionatorio y el procedimiento para la aplicación del mismo previstos en el Estatuto Tributario se aplicará en lo pertinente al impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas.*

Contra las liquidaciones oficiales de aforo, de revisión, de corrección aritmética y los actos que impongan sanciones proferidos por los departamentos y por el Distrito Capital procede el recurso de reconsideración ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con los términos y procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario. El Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará mediante resolución la dependencia del nivel central encargada de fallar el recurso mencionado.

CAPÍTULO X.

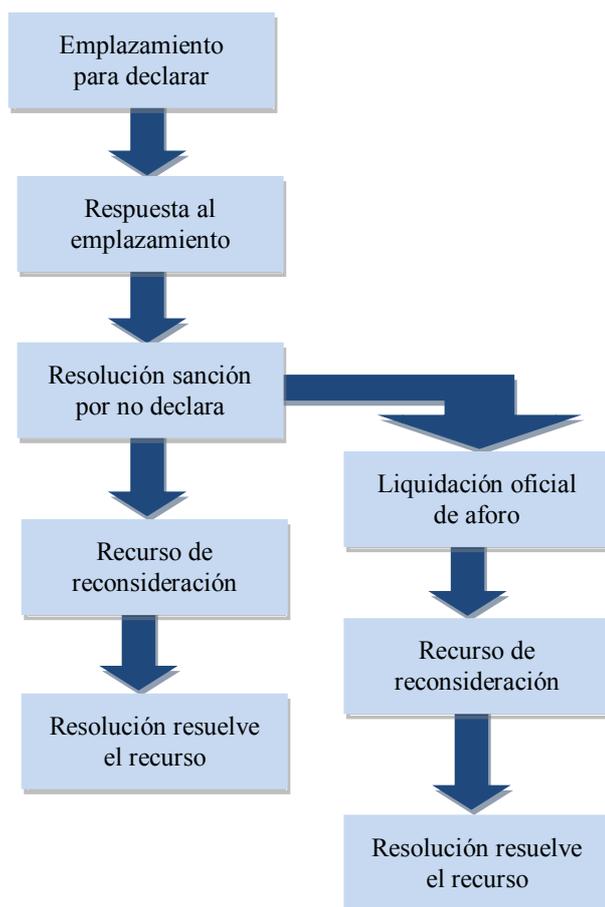
DISPOSICIONES COMÚNES AL IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES, VINOS, APERITIVOS Y SIMILARES Y AL IMPUESTO AL CONSUMO DE CIGARRILLOS Y TABACO ELABORADO

ARTÍCULO 221. ADMINISTRACIÓN Y CONTROL. *La fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro, y recaudo de los impuestos al consumo de que trata este Capítulo es de competencia de los departamentos y del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en lo que a éste corresponda, competencia que se ejercerá a través de los órganos encargados de la administración fiscal. Los departamentos y el Distrito Capital aplicarán en la determinación oficial, discusión y cobro de los impuestos los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional. El régimen sancionatorio y el procedimiento*

para la aplicación del mismo previstos en el Estatuto Tributario se aplicará en lo pertinente a los impuestos al consumo de que trata este Capítulo.

Si bien esta referencia tenía algunos problemas puntuales, al tenerse que acudir en algunos casos al artículo 651 del Estatuto Tributario con las dificultades legales que se reflejaron en los fallos al respecto, procedimentalmente la norma ofrecía soluciones, especialmente frente al proceso por no declarar el impuesto.

Así, el fluir de este proceso tenía el siguiente esquema, de conformidad con los artículos 643, 715 y 716 del Estatuto Tributario:



Este proceso, aunque se bifurcara, tenía unas etapas claramente definidas, como lo recuerda la jurisprudencia:

“Así las cosas, los supuestos para la imposición de la sanción son: i) la comprobación previa del deber de declarar; ii) la expedición del emplazamiento para declarar; iii) la no presentación de la declaración por parte del contribuyente, dentro del término de un mes contado a partir de la notificación del emplazamiento y, iv) la tasación e imposición de la sanción en los términos previstos por el artículo 643 del Estatuto Tributario, para lo que se debe tomar el monto superior de los conceptos indicados por la norma”⁴⁷.

En este orden de ideas, primer debería proferirse el emplazamiento para declarar, posteriormente la resolución sanción – frente a la que procede el recurso de reconsideración – “y la tercera y última etapa del procedimiento oficial de aforo, la cual solamente podrá ser desarrollada una vez agotadas las etapas anteriores, todo ello dentro del término perentorio y preclusivo de cinco (5) años, contados a partir del vencimiento del término para declarar, consistirá en la expedición y notificación de la liquidación oficial de aforo, en la cual la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de julio de 2014, Exp. 18829, C.P. Carmen Teresa Ortiz.

*autoridad tributaria procederá a determinar en forma oficial la obligación tributaria omitida por el contribuyente, responsable, agente retenedor, o declarante, que estaba llamado a cumplir con la misma.*⁴⁸

Sin embargo, el artículo 18 modificó la sanción, cuya naturaleza estudiaremos más adelante y que ofrece por sí varias problemáticas (no se diferencia, por ejemplo, entre la omisión y la extemporaneidad), que fue cobijada por los ya señalados artículos 23 y 24 de la Ley 1762 de 2015 en cuanto al procedimiento.

Esto puede llevar a varias dificultades procedimentales:

- Se desliga radicalmente la sanción del proceso de aforo.
- Se crea una compleja interacción entre el proceso de aforo y el nuevo proceso sancionatorio, cuya interrelación era clara en referencia al Estatuto Tributario, pero que deja varias lagunas ante la Ley 1762 de 2015.
- La sanción por no declarar que establece el Estatuto Tributario tiene reglas históricamente aceptadas frente a los tiempos en que debe proferirse la sanción, este asunto, sin embargo, no es claro bajo la nueva redacción.
- El nuevo proceso de sanción, en comparación con el establecido en el procedimiento de aforo tradicional, es más largo y aunque ofrece mayores oportunidades de defensa al contribuyente, lo hace en términos más cortos.

En este orden de ideas, la norma pareciera haberse insertado de manera errónea en un procedimiento que resulta ajena a su naturaleza y tradición jurídica.

2.4. Propuesta

El Informe Final de la Comisión de Estudio del Sistema Tributario Territorial analiza extensamente el impuesto al consumo, pero no hace ninguna referencia, como sí lo hace para otros tributos, frente las complejidades de su procedimiento de diferencias y controversias.

De hecho, su única recomendación directamente aplicable (la creación de un Estatuto Tributario Territorial) no resuelve el tema, ya que, como lo observamos, el impuesto al consumo ofrece un marco de análisis que excede lo tributario, pues se involucra lo penal, comercial, sanitario y aduanero. Precisamente esa interdisciplinariedad ha hecho que el legislador, de manera bastante simplista, opte por hacer remisiones a otros compendios normativos, ignorando algunas de las complejidades aquí señaladas.

Por esto, específicamente en lo relacionado con los artículos 15 a 22, se recomienda reformar completamente el régimen sancionatorio y procedimental aplicable, analizando sus particularidades y estableciendo un procedimiento que atienda a cada especificidad comentada.

Este régimen debe entrar a reglamentar aspectos puntuales que hasta ahora no han sido llenados: notificaciones, caducidades y prescripciones, consecuencias del desconocimiento de términos, recursos, remisión expresa del cobro coactivo al Estatuto Tributario y diferenciación en cuanto a cada mecanismo.

En este aspecto, la mencionada comisión recomienda la aplicación de tecnologías, lo cual coincide con las normas expedidas recientemente en este sentido, así como la aplicación de la notificación electrónica en procesos tributarios.

3. Aspectos sancionatorios de la Ley con el régimen comercial

⁴⁸ César Cermeño, Juan de Bedout, Sonia Andrés y Carlos Mario Clopatofsky, Procedimiento Tributario, Editorial Legis, 2019 (tercera edición), página 255.

La Ley 1762 de 2015 trae adicionalmente un régimen sancionatorio en materia comercial que contiene disposiciones que incluyen dentro de las funciones del revisor fiscal el reporte a la Unidad de Información y Análisis Financiero de operaciones sospechosas y nuevas sanciones a los comerciantes.

Sobre estos últimos, se consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 28. SANCIONES POR VIOLACIONES A LAS PROHIBICIONES SOBRE LOS LIBROS DE COMERCIO, A LAS OBLIGACIONES DEL COMERCIANTE Y OTRAS.

Modifíquese el artículo 58 del Código de Comercio, el cual quedará así:

Artículo 58. Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras. Sin perjuicio de las penas y sanciones establecidas en normas especiales, la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio, o el no suministro de la información requerida por las autoridades de conformidad con las normas vigentes, o el incumplimiento de la prohibición de ejercer el comercio, profesión u oficio, proferida por autoridad judicial competente, será sancionada con multa entre diez (10) y mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La multa será impuesta por la Superintendencia de Sociedades o del ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona.

En el evento que una persona que haya sido sancionada por autoridad judicial con la inhabilitación para ejercer el comercio, profesión u oficio, esté ejerciendo dicha actividad a través de un establecimiento de comercio, adicional a la multa establecida en el párrafo anterior, la Superintendencia de Sociedades o el ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona, ordenará la suspensión de las actividades comerciales desarrolladas en el establecimiento, por un término de hasta 2 meses. En caso de reincidencia, ordenará el cierre definitivo del establecimiento de comercio.

Igualmente, se contiene un procedimiento sancionatorio que se llevará a cabo por la Superintendencia de Sociedades o el ente que ejerza las funciones de inspección, vigilancia o control correspondientes, según el caso.

IV.6 Conclusiones y recomendaciones

La Ley 1762 de 2015 fue concebida con una teleología amplia y ambiciosa que pretendía superar varios de los problemas que se constataban en el comercio ilícito de productos sensibles, que a la vez eran sujetos al impuesto al consumo. Sin embargo, una comprobación preliminar de la coherencia, desarrollo y pertinencia de la norma arroja algunas conclusiones jurídicas que resultan, cuando menos, paradójicas.

Así, mientras que, desde la óptica penal, la Corte Constitucional, así como varios actores, han validado la constitucionalidad, pertinencia y adecuada configuración del catálogo de delitos aplicables, esto pareciera no haberse cristalizado con la fuerza que es deseable frente a un fenómeno perjudicial y lesivo a diferentes órdenes económicos y sociales.

En este sentido, las propuestas contenidas en este estudio se enfocan en la mayor articulación de las diferentes entidades, toma de conciencia de la gravedad de las conductas y algunos ajustes al sistema de investigación y juzgamiento para quienes incurrir en las actividades.

En materia administrativa, sin embargo, sí se encontraron graves falencias en la manera en que se redactaron tanto las sanciones como el procedimiento para aplicarlas, en pro de asegurar el cumplimiento de las normas de control y el interés de recaudo desde la perspectiva tributaria.

En ese orden de ideas, la falta de técnica, las complejas y contradictorias remisiones de la normativa y la dificultad de entendimiento, incluso para el procedimiento, crean fisuras de las que son conscientes los diferentes actores.

Así las cosas, las principales recomendaciones de este estudio pueden resumirse en aquellas de tipo legislativo y aquellas operativas o de mejora en la aplicación de las normas.

Por lo anterior, se propone, desde el plano normativo, una completa reestructuración de la Ley 1762 de 2015 en sus artículos 14 a 26, en donde se encuentran vacíos, contradicciones o remisiones complejas que dificultan su aplicación.

En esta reestructuración, adicionalmente, deben recogerse las inquietudes de los diferentes actores para promover mayor claridad, simplicidad y practicidad, pero a la vez contundencia, en el castigo a quienes evadan la obligación de declarar y pagar el impuesto al consumo o incumplan con las obligaciones para su control.

Igualmente, la Ley debe señalar que este régimen es único y de inmediata y uniforme aplicación para los departamentos, que en no pocas ocasiones optan por sus propios regimenes normativos, obviando lo dispuesto en la Ley.

En el ámbito penal, debe ampliarse su aplicación para todas aquellas maniobras de elusión del tributo que no necesariamente estén atadas al comercio exterior y abarcar las ventas electrónicas de cigarrillos tradicionales. Así como se propone que la aplicación de la legislación penal debe considerar a todos los actores institucionales que son *dolientes* del flagelo, la creación de estos ajustes legislativos, también en lo referente al derecho administrativo sancionatorio con efecto en el recaudo y declaración del impuesto al consumo, debe partir de una mesa de diálogo entre estos.

Finalmente, el régimen procedimental debe ser claro, propio, sin remisiones y debe recoger y promover el uso de las tecnologías de la información para su desarrollo.

De la participación activa de estos diferentes actores dependerá la validez, legitimidad y eficiencia de la reforma que se debe ejecutar con base en los hallazgos y recomendaciones de las páginas precedentes.

IV.7 Información estudiada y actividades realizadas

Para efectos del análisis del marco general de la lucha anticontrabando en Colombia, se ha consultado la siguiente literatura:

- Ley 1762 de 2015 y sus antecedentes
- Corte Constitucional, sentencia C-191 de 2016, que declaró exequibles las expresiones contenidas en algunos incisos de los artículos 4º, 6º, 8º, 11, 14, 15 y 51 de la Ley 1762 de 2015
- Corte Constitucional, sentencia C-203 de 2016, que declaró estarse a lo resuelto en el fallo antes citado, en lo relacionado al artículo 4º de la Ley 1762 de 2015, así como la exequibilidad del mismo artículo en relación con un nuevo cargo que fue presentado por la parte actora.
- Corte Constitucional, sentencia C-208 de 2016, que declaró exequible la totalidad de la Ley 1762 de 2015.
- Corte Constitucional, sentencia C-360 de 2016, que declaró exequible la Ley.
- Corte Constitucional, sentencia C403 de 2016, que declaró exequible el artículo 23 de la Ley 1762 de 2015.
- Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 092 de 2015, senado.
- Informe *Evolución de la Criminalidad económica relacionada con el comercio exterior correspondiente al contrabando – primer informe al Congreso de la República*, elaborado por el Consejo Superior de Política Criminal – 2017
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, *El contrabando de cigarrillos y el crimen organizado en Colombia y Ecuador*, diciembre de 2018
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, *El contrabando de cigarrillos entre Panamá y Colombia*, septiembre de 2019
- Federación Nacional de Departamentos, Concepto orientado a unificar interpretaciones frente al artículo 23 de la Ley 1762 de 2015
- Concepto emitido por Andrés Felipe Rivas a la Federación Nacional de Departamentos sobre *alternativas jurídicas para ejercer control sobre mercancía que se ubica en Zona Franca*
- Estudio de la Federación Nacional de Departamentos e INVAMER sobre la Incidencia de Cigarrillos Ilegales en Colombia – 2019
- Estudio de la Asociación Nacional de Empresarios ANDI e INVAMER sobre la Incidencia de Cigarrillos Ilegales en Colombia – 2018
- Estudio de la Asociación Nacional de Empresarios ANDI e INVAMER sobre la Incidencia de Cigarrillos Ilegales en Colombia – 2017
- Estudio de la Federación Nacional de Departamentos e INVAMER sobre la Incidencia de Cigarrillos Ilegales en Colombia – 2016
- Estudio de la Federación Nacional de Departamentos e INVAMER sobre la Incidencia de Cigarrillos Ilegales en Colombia – 2015
- Global Status Report on Alcohol and Health – 2018, elaborado por la Organización Mundial de Salud en 2018
- Hernando A. Hernández Quintero y Juan Manuel Barrero, *Evolución Histórica de la Legislación del Delito de Contrabando en Colombia*, producto de la investigación *Análisis del impacto económico y jurídico del contrabando de arroz en el Departamento del Tolima*, desarrollado por Zoon Politikon y Unidere de la Universidad de Ibagué.
- Borrador final del Informe final de la Comisión del Sistema Tributario Territorial
- Estudio Anáas – Tejiendo Bienestar – *Una medición integral del comercio ilícito para un monitoreo efectivo de las políticas de control de tabaco*, de fecha mayo 6 de 2020

- Documento elaborado por SGFAduanera *Reporte de aprehensiones de Cigarrillos – Partida 24.02 del Arancel de Aduanas del 1 de enero al 21 de junio de 2020*.
- Información de consolidado de aprehensiones de cigarrillos de 2015 a 2020
- Información relacionada con el recaudo en materia de Impuesto al Consumo de cigarrillos desde 2010, obtenida con base en lo declarado ante el Fondo Cuenta.
- Pulido AC, Pinzón DC, Rodríguez NI, Sandoval C, Pinzón CE, Díaz MH, Mejía A, Santacruz JC, Calderón J. Opciones en Colombia para la regulación del uso de los sistemas electrónicos con o sin dispensación de nicotina y similares: un resumen de evidencias para política (*policy brief*). Bogotá, D.C.: Cardiecol, Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud - IETS y Fundación Colombiana del Corazón; 2018.
- Informe de seguimiento al cumplimiento del convenio marco de la OMS para el control del tabaco en Colombia, elaborado por la Defensoría del Pueblo en 2017.

Igualmente, se realizaron reuniones internas con el investigador Daniel Rico y en el interior del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.

De la misma manera, se hicieron reuniones con los funcionarios encargados de adelantar las gestiones de fiscalización por impuesto al consumo en los departamentos de Cundinamarca y Caquetá.

Adicionalmente, se sostuvo una reunión con el gerente de INVAMER para conocer la metodología de sus estudios estadísticos sobre consumo de cigarrillos en Colombia.

Finalmente, se llevaron a cabo varias mesas de expertos, en donde participaron diferentes personalidades, autoridades y especialistas en el tema, de quienes se alimentaron varias de las conclusiones aquí recogidas.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

Como consecuencia de lo expuesto en ambas partes del documento, es posible afirmar que el país carece de una política y una normatividad efectiva para poder combatir el delito del contrabando exitosamente. Esto último reitera la necesidad del análisis multidimensional en materia de política pública y de la reforma a la ley 1762 de 2015, bajo los lineamientos expuestos en cada una de las secciones de *recomendaciones* del presente documento, sin perjuicio a la necesidad de futuros estudios y análisis complementarios que ayuden a generar un marco más robusto.

Frente a la evidencia presentada en la primera parte de esta investigación, se concluye que hay una correlación positiva entre el aumento de los impuestos a los cigarrillos y el aumento del contrabando. Esta relación, además de ser directa, se caracteriza porque está influenciada por su contexto, y porque ambos fenómenos están enlazados de múltiples maneras y a través de distintos mecanismos.

Esto último, lleva a reflexionar sobre los estudios que anteceden a este, e invita a comprender el fenómeno desde un análisis multidimensional que reconozca el control del consumo de cigarrillo como una intersección de las políticas de salud, fiscal y criminal. En esta misma línea, se hace hincapié en la superación de la visión de “lo que toca hacer”, entendido como los impuestos y mayor control estatal, e invita a explorar otras formas que consideren el contexto colombiano y a cuestionar si dichas medidas cumplen su función.

Producto del análisis, se recomendó, a grandes rasgos, un mejor manejo de bases de datos, creación y centralización de las mismas; se propuso y dejó sobre la mesa nuevas líneas de investigación en miras a ampliar

el entendimiento del contrabando y, finalmente, se recomendó, en relación con la regulación y los impuestos, toda una serie de nuevas perspectivas, estrategias y pasos a seguir en esta materia.

Por su lado, como resultado del análisis normativo de la segunda parte, se desprende la conclusión de que la ley 1762 de 2015 es un cuerpo normativo ambicioso, pero que carece de la capacidad para hacer frente a todo el fenómeno en su conjunto. Esto se refleja en la ausencia de claridad y las fallas en la redacción de las sanciones y del procedimiento; cuestión que genera fisuras en la implementación.

La falta de claridad normativa, la falta de técnica, las contradicciones, en general, las fisuras anteriormente mencionadas, afectan de manera sustancial y casi que inevitable la lucha contra el contrabando de cigarrillos. Por esta razón, se propone una reformulación de la norma que evite las remisiones, señale el carácter único y de aplicación inmediata y uniforme, entre otros aspectos, para garantizar su mejora y efectividad.

En conclusión, ambos estudios arrojaron aspectos fundamentales y recomendaciones pertinentes. La lectura de las partes de esta investigación, debe ser conjunta. Al ofrecer la comprensión del impacto de la normativa tributaria y aduanera, así como la incidencia del alza de los impuestos en el comportamiento del contrabando de cigarrillos, el *Policy Maker* tendrá la oportunidad de construir un marco completo y robusto que atienda, no solo cuestiones procedimentales y de control, sino que trascienda las barreras de lo normativo y aborde desde diferentes perspectivas el contrabando, abriendo la puerta a otras estrategias que podrían llegar a ser mejores en la lucha contra el contrabando y la reducción del consumo de cigarrillo.