

Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

La importancia del sistema de gestión del riesgo aduanero*

The Importance of Customs Risk Management System

ROBERTO MEISEL LANNER

Abogado por la Universidad Libre y magíster en Educación por la Universidad Simón Bolívar.
Docente investigador del Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad Simón Bolívar.

robertomeisel@yahoo.es - ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2228-7140>

* Este artículo de investigación es producto del proyecto “Los discursos históricos y lógicos interpretativos: puntos de partida de la construcción sociojurídica. Grupo de investigación en derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho, de la Universidad Simón Bolívar.

Resumen

El Estado colombiano, consecuente con el auge de las organizaciones criminales y el uso que hacen de las opciones del comercio exterior, introdujo el concepto de *gestión del riesgo* en la regulación aduanera, para conseguir la neutralización de esas acciones. Este artículo permitirá, entonces, conocer los alcances y la importancia del sistema de la gestión del riesgo aduanero y lo que gira a su alrededor en ese escenario, y para ello se esbozarán sus rasgos.

PALABRAS CLAVE

Regulación aduanera, control aduanero, gestión del riesgo, trazabilidad.

Abstract

The Colombian state, consistent with the rise of criminal organizations and their use of foreign trade options, introduced the concept of risk management in customs regulation to neutralize these actions. This article of reflection will then allow us to know the scope and importance of the system of customs risk management and what revolves around it in that scenario and for this its main features will be outlined below.

KEYWORDS

Customs Regulation, Customs control, Risk management, Traceability.

1. INTRODUCCIÓN

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1165/2019, de 2 de julio por medio del cual estableció la regulación aduanera y adoptó otras disposiciones en uso de las facultades que le confería el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 7 de la Ley 7/1991, de 16 de enero, una vez oído el Comité de Asuntos Aduaneros Arancelarios y de Comercio Exterior y después de recibir la correspondiente recomendación del Consejo Superior de Comercio Exterior. Posteriormente, se dictaron nuevas disposiciones reglamentarias a cargo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para adecuar esa normativa a las exigencias de la rutina aduanera. Con esta disposición, quedaron derogados los anteriores decretos que informaban y orientaban desde 1999 la imprecisa legislación aduanera nacional.

Los fundamentos para adoptar esa normativa no solo descansaban en la necesidad “de compilar, modernizar, simplificar y adecuar la regulación aduanera a las nuevas prácticas internacionales para facilitar el comercio exterior y el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales”, sino que también, entre otros, “se requiere fortalecer los criterios de la gestión de riesgo en el ejercicio del control aduanero en orden a neutralizar las conductas de contrabando y lavado de activos, prevenir el riesgo ambiental y la violación de los derechos de propiedad intelectual, defender la salud, garantizar la seguridad en frontera y en general la seguridad de la cadena logística” (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). En igual sentido, ya se está preparando la autoridad aduanera para reajustar el procedimiento informático aduanero a fin de propender a la adopción de mecanismos simplificados que contribuyan a la facilitación y agilización de las operaciones de comercio exterior.

El Decreto 1165/2019, de 2 de julio contiene 22 títulos divididos en capítulos para un total de 774 artículos, cuyo radio de acción está delimitado dentro del territorio nacional para regular las relaciones jurídicas que se establezcan entre la administración aduanera y quienes intervienen en el ingreso, la permanencia, el traslado, el depósito y la salida de mercancía hacia y desde Colombia con sujeción a la Constitución y a la ley. Posteriormente, se dictó la Resolución 46/2019, de 26 de julio para reglamentar de un modo pertinente los alcances de la nueva regulación aduanera. Esta, por ende, es el conjunto de disposiciones legales que sistematizan las relaciones jurídicas que surgen entre los declarantes, obligados y usuarios aduaneros y el Estado a través de la DIAN por consecuencia de las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero.

Desde luego que es pertinente aseverar que esas disposiciones introdujeron una serie de novedades procedimentales y sustanciales en relación con los regímenes de importación, exportación y tránsito para dar un salto hacia adelante en lo concerniente a la logística y a la dinámica de las operaciones de comercio exterior en el mundo, que oscila ya entre la neoglobalización y el proteccionismo, a la par que estableció los criterios de autorización y habilitación de los usuarios

aduaneros, de los obligados aduaneros, y del mismo modo señaló las pautas a seguir a efectos de iniciar el trámite de fiscalización y sanción en los términos definidos por la ley, entre otros tópicos. Y eso es loable destacar, mientras se armonizan las medidas respectivas con acciones contundentes (Meisel, 2020, p. 42).

Igualmente, se organizó la índole de la obligación aduanera entendida como “el vínculo jurídico que existe entre la administración aduanera y cualquier persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad, régimen destino u operación aduanera derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondiente a cada una de ellas” (Decreto 410/1971, de 27 de marzo) y, por ende, toda mercancía quedará bajo la potestad aduanera hasta tanto se cumpliera el pago de los derechos e impuestos y demás emolumentos a que hubiere lugar. Los sujetos de esa relación son la DIAN como vocera del Estado y el declarante por la importación de la mercancía o el que adquiera mercancía sometido a un régimen especial de importación, y en ese escenario le corresponde al sistema de gestión del riesgo como una categoría específica del ejercicio del control aduanero diseñar mecanismos para que la obligación aduanera se cumpla a cabalidad, y determinar en qué casos se pretermitió la regulación aduanera o en qué eventos es procedente neutralizar el proceso de importación o exportación (Decreto 410/1971, de 27 de marzo).

Es del caso indicar que, entre las novedades de la regulación aduanera, se destaca la incorporación de nuevas figuras como el sistema de gestión del riesgo. Y aunque todavía no acredita la capacidad para mostrar una eficacia media contra las operaciones de comercio exterior ilícitas, por lo menos es un paso importante en la formalización de ese mecanismo de prevención, control y represión contra la delincuencia organizada a nivel global, más se deberá a la par realizar rápidamente una política tangible de modernización a gran escala de la DIAN, pues la ausencia de esa estrategia entorpece no solo la marcha de una entidad, sino que también desorienta los objetivos de cualquier plan de reordenamiento legal que se hiciera como el de autos (Decreto 410/1971, de 27 de marzo).

Ahora bien, el proceso de revisión de la literatura sobre el particular comenzó con una búsqueda en el sitio web de la gestión del riesgo y el criterio de exploración se aplicó por tema y como período los últimos cinco años, y aunque la pesquisa arrojó 56 datos más o menos, y la mayoría de esa información no era relevante en sí, ya que solo hizo énfasis en la cuestión empresarial y, por ello, los ítems que se escogieron, como se puede atisbar en la revisión bibliográfica, fueron muy escasos e, incluso, no era viable citar las recomendaciones de los organismos internacionales, en especial la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus documentos más representativos como el Programa Columbus, la Declaración de Arusha, el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Mundial, salvo el Protocolo de Kioto (Perilla, 2012, p. 34), que tienen que ver con la cuestión aduanera, de comercio exterior o la facilitación de comercio a nivel mundial, ni tampoco transcribirlas porque han sido acogidas siempre por cada legislación. De manera que sería tautológi-

co hablar de la gestión del riesgo aduanero, tal como lo recomiendan los órganos supranacionales, y traer a colación, asimismo, lo que pautan otros Estados sobre ese tópic, ya que, se reitera, manejan idénticos presupuestos de hecho y de derecho. Incluso, ni siquiera el Tribunal Andino de Justicia (Meisel, 1987, p. 5 y ss.) tiene antecedentes jurisprudenciales sobre el particular, lo que confirma la ausencia de fuentes aduaneras acerca de la gestión del riesgo en ese campo.

Los resultados de esta investigación se podrán clasificar en dos tipos: uno de índole conceptual a partir de la caracterización de la etapa de preparación de la gestión del riesgo como el control aduanero (Meisel, 2020, p. 104) a través de la identificación de las funciones que cumple y la interacción que existe con sistema de gestión del riesgo, así como las decisiones que se adoptan, y otro de índole material en que ya se proponen claves de éxito en el logro de los objetivos del sistema de gestión del riesgo aduanero, y lo hacen extensivo como sistema de riesgo empresarial. También para proveer mejor a las sociedades en una especie de ten con ten para establecer afinidades o diferencias y a su vez señalar los modelos básicos que maneja ese sistema de gestión del riesgo aduanero con énfasis en el modelo de trazabilidad y sopesar su significación en el desarrollo de sus fines: neutralizar la acción criminal.

Esta exploración muestra que las etapas del control aduanero y el sistema de gestión del riesgo (Meisel, 2020, p. 111), a pesar de su interacción, cumplen funciones diferentes, la primera es mucho más amplia, y va dirigida o debe ir dirigida a la totalidad de las operaciones de comercio exterior, mientras que la segunda es más puntual, a través de la determinación de sus elementos (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Pues pretende identificar los riesgos de las personas que intervienen en la cadena logística de distribución y las características de las operaciones de comercio exterior, el estado de sus obligaciones fiscales y la solvencia económica que asegure el cumplimiento de las formalidades legales, entre otros. Es decir, maneja dos modelos: el relativo a las personas y el relativo a sus operaciones.

No obstante la aparente simetría normativa, se encontró en el desarrollo de esta indagación que no existe formalmente hablando un modelo que se considere fundamental para el éxito en la lucha contra las infracciones administrativas de los usuarios y obligados aduaneros directos o indirectos (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), las operaciones de lavado de activos, el fraude a la renta de aduanas, etc. Lo anterior ha dejado cojo el sistema porque lo ha privado de una herramienta fundamental: la trazabilidad como modelo mixto en un sistema de riesgo aduanero, pues se halla en capacidad de prevenir desde el comienzo de la actividad criminal la neutralización de la acción ilegal de esos sujetos. La trazabilidad traza una hoja de ruta de una determinada actividad a efectos de estar atento a la eventual presencia del riesgo en el desarrollo de una operación comercial o aduanera en este caso. Y con sus principios: eficacia, oportunidad, manejo de información, transparencia, inclusión, facilita la toma de decisiones sobre un peligro concreto.

De aquí se colige que el enfoque de la investigación a partir de la revisión de la información que se alcanzó a manejar, a pesar de su precariedad y de que incluía examen de literatura, páginas web y modelos de gestión, fue cualitativo porque se aplicaron tres criterios de análisis: uno de tipo general, lo que se ha escrito sobre el particular, casi nada; la etapa del proceso que interesaba al estudio y la índole del sistema de gestión del riesgo; y desde luego la falencia que se acaba de comentar. El estudio consideró casos específicos en materia penal empresarial y penal aduanera en que se podría aplicar luego el modelo de trazabilidad y se situaron casos hipotéticos y el tipo de consecuencia que se derivaba de estos.

En resumen, esto lleva a considerar que el sistema de gestión del riesgo en general, pero en especial el riesgo aduanero, es importante porque crea y protege el valor de algo, es una parte integral de todos los procesos de organización. Por eso, se abordó también el tema empresarial, puesto que forma parte en la toma de decisiones y es sistemático, estructurado y oportuno para conseguir unos resultados fiables y consistentes; sin embargo, solo tendrá viabilidad en la medida en que se incorporase el modelo de trazabilidad explicado al lado de los modelos vigentes, porque el resultado oficial en la lucha contra el contrabando y actividades afines, según aparece en los medios, es muy baja en relación con las expectativas que sobre la regulación aduanera en general se esperaba.

2. EL CONTROL ADUANERO

El tema alrededor de la trascendencia del sistema de gestión del riesgo en el marco aduanero busca incrementar el conocimiento del control aduanero, porque es o su antecedente o su consecuente para neutralizar o reprimir cualquier actividad ilegal y determinar si es dinámico, interactivo y fiable, para aumentar la presión sobre las organizaciones criminales que agitan la dinámica aduanera, ya que cada instancia, el control y el sistema, como se verá luego, contemplan la posibilidad de mostrar una verdadera muralla de contención contra la ilegalidad en ese terreno. El control aduanero no puede funcionar solo o como una rueda aislada sin un adecuado sistema del riesgo para ciertos casos, porque resultaría insustancial, y por eso se torna indispensable tantear a estos dos cánones de inspección o atención aduanera y convenir si pueden fluir en una misma dirección acorde con sus objetivos.

El control es una medida o una serie de medidas que buscan asegurar el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley o en el reglamento; para el caso *sub examine*, es una medida o una serie de medidas que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa vigente de competencia de la administración aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Estas pautas están enfocadas en las actividades de los usuarios aduaneros y los obligados, y de esa manera, por ejemplo, con el operador de transporte multimodal, el control tiene como finalidad atisbar que el transporte de mercancía extranjera desde algún lugar del exterior hacia otro lugar convenido para su entrega

en el territorio nacional se cumpla satisfactoriamente, y que en la ejecución de las maniobras de control aduanero que pueden ser previas, simultáneas o posteriores, se verifique que el operador de transporte multimodal cumplió con las obligaciones que esa operación demanda. Y de contera, un adecuado sistema de gestión del riesgo aduanero le permitiría a la autoridad aduanera conocer de antemano si hay un peligro potencial en el desarrollo de esa operación dados los antecedentes de ese operador logístico, o posteriormente si es necesario indagar la índole de la operación que se está llevando a cabo o próxima a finalizar para evitar que se consumare algún ilícito. Es un hecho notorio, y por eso no requiere prueba alguna que una de las vías que usan los transgresores de la ley aduanera es precisamente esta figura, porque muchas veces el control aduanero falla, a veces por el factor humano, y la mercancía se queda en el país.

Igualmente, ese compromiso logístico y aduanero también incluye a otros usuarios u obligados aduaneros que intervienen en esa dinámica, como el de control común a varios puertos y muelles, el titular de una zona primaria en el cruce de frontera, puerto o aeropuerto, y el agente terrestre o marítimo según el caso, que asumen de hecho las obligaciones que su tarea trae consigo, porque se encuentran vinculados a esa operación. Entonces el control previo en esta operación debería demostrar que se hizo uso correcto del dispositivo electrónico de seguridad, y no tenerlo en el momento de un examen simultáneo o posterior podría generar el inicio de un proceso de fiscalización que eventualmente derivaría en un procedimiento sancionatorio (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) a los responsables de tal omisión, entre ellos, el operador de transporte multimodal.¹ Pero algunas veces se cumplen sobre el tapete esas formalidades y es cuando debería también aparecer el sistema de gestión del riesgo para alertar y sugerir medidas antes o después del inicio y la culminación del proceso respecto del probable incumplimiento de la ley cuando la mercancía fuese de índole sensible, como tabaco o licor, y el operador o el consignatario tuvieran antecedentes sobre manejos pocos éticos.

Ahora bien: ¿cómo se surte ese control aduanero de modo global? El control recae sobre las operaciones de comercio exterior y los correspondientes usuarios aduaneros u obligados aduaneros. Por muestra, la operación de transporte de mercancía a través del territorio nacional en el modo aéreo y que permite el traslado de mercancías provenientes del exterior con destino final a otro

¹ Debo añadir lo siguiente: ¿acaso ese control previo no es rutinario? A simple vista sí, y uno de los objetivos de un adecuado sistema de gestión del riesgo aduanero es eliminar de su abecedario la palabra *rutina*, porque es lo más peligroso que existe para una dinámica empresarial u oficial, ya que petrifica las operaciones y la logística que cada evento demanda. Si el dispositivo de seguridad se pone de manera rutinaria y el control aduanero se cumple de la misma forma, no ha pasado nada; pero, si el control aduanero va acompañado de un oportuno sistema de gestión del riesgo, podría detectar el peligro de que la mercancía que va en el medio de transporte desaparezca, porque los elementos de juicio recopilados antes o de un modo concomitante así lo acreditan, y entonces sí es pertinente el acople de ese control aduanero con el sistema de gestión del riesgo aduanero en casos puntuales.

país a través del territorio aduanero y desde luego del espacio aéreo nacional, y al someterse al control aduanero, será indispensable la revisión del documento de transporte internacional emitido en el lugar donde se inició la operación para constatar que se trata de un transporte internacional con destino final un tercer país, exigir la solicitud de autorización de continuación de la operación o de verificar en el sistema informático aduanero la salida definitiva de esa mercancía (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Por ende, el control aduanero debe contrastar la viabilidad de la operación; pero, si se trata de algún producto sensible que se va a trasladar, debería intervenir el modelo específico del sistema de gestión del riesgo aduanero para acompañar ese proceso de control con advertencias, sugerencias o medidas tendientes en lo posible a neutralizar o reprimir la acción criminal, como ya se dijo en el párrafo anterior.

Igualmente, el control aduanero se puede llevar a cabo de manera selectiva, usando los medios tecnológicos y equipos de inspección que lograsen el máximo resultado en la política de prevención del riesgo aduanero. Y en este evento es de recibo destacar igualmente la jerarquía del acompañamiento de algún modelo del sistema de gestión del riesgo para muchas operaciones de transporte en los sectores álgidos, porque la tradición, la familiarización con lo cotidiano y la indolencia le quitan al control aduanero su pertinencia, y por sustracción de materia el sistema de gestión del riesgo aduanero queda atascado. En otras palabras: el acople pertinente del control aduanero con el sistema de gestión de riesgo es trascendental para eventos puntuales de algunas operaciones de comercio exterior, ya que mostraría el lado vigoroso de la ley aduanera frente a los pretensos infractores.

No se puede negar la importancia del control aduanero y sus momentos, previo, concomitante o posterior o de fiscalización (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) en las diversas actuaciones, actividades y formalidades de índole aduanera. No obstante, muchas veces se relativiza por la agobiante rutina y por el factor humano, y aunque muestra formalmente el compromiso del Estado colombiano de atacar y contrarrestar aquellas acciones vinculadas a operaciones administrativas contrarias a la ley aduanera al contrabando en sus distintas modalidades al fraude aduanero, al lavado de activos y al favorecimiento de ese tipo de comportamientos (Ley 1762/2015, de 6 de julio), eso todavía no es suficiente para manejar el escenario denso de la mecánica aduanera en que también es un hecho notorio que prevalece la corrupción. Y es pertinente añadir, entonces, que en el trajinar oficial la aplicación de las herramientas habituales del control se ven estancadas o distorsionadas por tantos factores, entre ellos, lo que vuelve vano cualquier política criminal en ese sentido. No obstante, hay que esperar la eficacia del cabal acople del sistema de riesgo aduanero, y su precedente, el control aduanero, para que consiguiesen cumplir sus objetivos y se alcance de ese modo minimizar, neutralizar o reprimir muchas acciones contrarias a la ley.

Por lo expuesto, es de recibo aceptar no solo la conexión formal sino material del control aduanero general con el sistema de gestión del riesgo aduanero, a fin de emplearlo como una doble

herramienta insuperable en la revisión de la viabilidad de las actividades aduaneras, con énfasis en las sensibles, en la importación, la exportación y el tránsito de mercancías, pues, sin esa integración, queda minusválida la vigilancia aduanera ante la carencia de un apoyo forense y logístico insustituible. Por ende, la solución será la potencialización del sistema de gestión del riesgo aduanero proporcionándole al modelo que se escogió (el operativo y el personal) los elementos de un nuevo modelo o de trazabilidad que integra esos dos esquemas para la revisión² y atención de todos los sectores que se hallaren comprometidos en la rutina del sector aduanero. Es decir, hay que ubicar el sistema de gestión del riesgo aduanero en aquellos escenarios vitales para fortalecer la capacidad del control aduanero y de paso convertirlo en algo proactivo.

Unas palabras finales: inclusive es factible que, conjugado en debida forma tanto el control aduanero como el sistema de gestión del riesgo aduanero, este último sea lo que ha sido en otras latitudes a nivel aduanero. Por ejemplo, la percepción de la idoneidad de la aduana en la Unión Europea (UE) o en los Estados Unidos al frente de sus responsabilidades como algo dinámico, interactivo y que brinda, además, respuesta no solo al cambio sino también a las necesidades de acción y reacción que se demandan, pues los acontecimientos internos y externos y el escenario generan la aparición de nuevos riesgos y retos a pesar de que otros desaparezcan o se neutralicen.

3. EL SISTEMA DE GESTIÓN DEL RIESGO ADUANERO

Es preciso aclarar lo siguiente: el sistema de gestión del riesgo es una herramienta que se utiliza por parte del Estado para prevenir desastres (Ley 1523/2012, de 24 de abril), igualmente es un mecanismo que se usa a nivel empresarial para respaldar la calidad, la seguridad y la visibilidad en la cadena de abastecimiento o un esquema para neutralizar y controlar actividades criminales. Y, desde luego, a nivel gubernamental es otro mecanismo que se emplea para impedir que se violare la legislación sobre un asunto específico, en este caso, el aduanero. Esto es, es inocultable que detrás de cualquier actividad en este mundo, al sentirse la presencia latente de la amenaza en cualquier aspecto del devenir, se requiere una política adecuada sobre gestión del riesgo, y eso significa entonces la medida adecuada para alinearse en el contexto en un momento dado y suministrar un perfil del riesgo.

² Es pertinente agregar lo siguiente: un plan de esa índole debería incluir la periódica autoevaluación de los parámetros mínimos de acción y reacción del control aduanero y del sistema de riesgo aduanero, ojalá ya incorporado el modelo de trazabilidad, con una valoración externa, y con la evidencia de que las debilidades encontradas con la presentación de un plan de acción que demandare acciones concretas sí podría mejorar la calidad del servicio del control aduanero, y desde luego la pertinencia del sistema de gestión del riesgo.

“Cuanta más realidad o ser tiene una cosa, tantos más atributos y riesgos le competen” (Spinoza, 1988, p. 55). Y eso implica que los peligros de la naturaleza, las amenazas del mercado o de manos criminales en una organización empresarial o los riesgos de las acciones ilegales en la instancia oficial aduanera tienen la posibilidad de surgir en un momento dado, muchas veces sin previo aviso. Por eso, es indispensable tomar las medidas y las precauciones de rigor para advertir su aparición, controlar su irrupción, atajar u oponer su ímpetu, anular su eficacia, rastrear a los responsables y evitar en lo posible que se repita en el tiempo y en el espacio. A eso se contrae cada sistema del riesgo, su análisis, su evaluación y, posteriormente, las directrices oportunas para que se tornase confiable.

Sin embargo, es evidente que el tema así planteado sobrepasa el marco presente, aunque podría convertirse en el rótulo de un problema que demandaría algunos trabajos de este tipo para comenzar a elucidar con más precisión algunas medidas sobre el particular. No obstante, en este artículo, se tantea una aproximación al tópico para resaltar su importancia, y para eso es menester concentrarse en lo que tiene que ver con una organización privada y más tarde con la administración aduanera en el campo del sistema de riesgo y los modelos pertinentes. No hay que olvidar que un sistema de gestión del riesgo tiene que ser transparente e inclusivo para que la adopción de una decisión sea acorde con la recomendación.

Ese escenario obliga a una bifurcación entre esos dos conceptos, organización empresarial, por muestra y la administración aduanera o DIAN, porque, si bien pueden aplicarse los parámetros globales que un esquema de gestión del riesgo trae consigo, tales como supervisión, reconocimiento, observación, recopilación, examen, percepción, interacción, recomendación, etc., sin embargo, en cuanto a funciones específicas, planes y actividades, en la práctica, la gestión del riesgo en los dos entes son diversas, porque satisfacen necesidades opuestas, a pesar de que adoptan medidas parecidas, aunque en el fondo la gestión del riesgo es la misma, porque de lo que se trata es de ser eficiente contra amenazas reales o potenciales.

En toda organización empresarial (Decreto 410/1971, de 27 de marzo), median influencias, presiones, factores externos e internos que inciden directa o indirectamente en su acaecer y en el cumplimiento de su objeto social, lo cual se denomina incertidumbre. De ahí se deriva una regla y es que en todas las actividades de una organización empresarial la cercan riesgos, que en algunos niveles podría ser mayor en otros en cambio menor, pero amenazas al fin y al cabo. Por eso, el paso inicial, que es el más significativo, será identificar el riesgo con referencia a las funciones concretas, reglas y actividades de tal organización, y rápidamente estudiar y justipreciar los mecanismos para prevenir, controlar, sofocar, neutralizar, rastrear o reprimir su presencia, y cada tiempo volver a estudiar si es factible modificar los criterios que se hubieren plasmado sobre el particular, porque las amenazas que se ciernen sobre cualquier organización empresarial son proteicas.

El riesgo es una cosa oculta, aunque evidente a medias, porque en un instante dado se podría predecir su aparición, por eso, es menester ir al encuentro de lo oculto de esa cosa, desocultándolo a partir de una adecuada formulación de la gestión de ese riesgo. ¿Cosa?

La cosa es sinónimo de algo y en este caso el riesgo —como cosa— recae eventualmente sobre otra cosa, ya sea para oponerse a su operación o para socavarla, ya sea para violentarla, destruirla o también para marginarla o perjudicarla; en fin, para originar trastorno o caos en un contexto objetivo. De ahí que la apreciación preliminar del contexto en que aparecería el riesgo fuese un antecedente ventajoso, porque diseminaría rápidamente las acciones a seguir de manera metodológica antes o en el momento de emerger el apuro. Después que suceda, lo que resta será evaluar qué no se hizo, qué se omitió y qué se debería hacer para evitar o contrarrestar de nuevo la presencia de tal amenaza que puede acabar con una organización si no adopta un esquema de prevención de riesgo de toda la amplitud de la palabra, es decir, el riesgo laboral, político, social, comercial, industrial, financiero, judicial, productivo o de calidad, según el caso.

Si bien el riesgo es algo arcano, debe mediar una causa o una sucesión de causas o enlaces que provocaren su injerencia³ en el curso ordinario de una organización empresarial. No obstante esta aseveración, en un mundo como el actual (2020) donde la inseguridad, la indecisión, la crisis ante los problemas fundamentales de la existencia y los aprietos ante la mayoría de los saberes, se exige no solo una alta dosis de ingenio, imaginación y sapiencia, sino que también se demanda indagar con criterio científico esas causas, e introducir posteriormente la praxis adecuada y oportuna de las herramientas que una pertinente gestión del riesgo insinúa para aumentar la probabilidad de contrarrestarlo, y de paso fomentar la gestión proactiva, mejorar

³ Es viable aclarar que, en un sistema de gestión del riesgo, debe existir de una manera previa la identificación de riesgos a través de un proceso que involucra los verbos rectores secuelas de los protocolos que maneja: *hallar, reconocer, conjeturar, acreditar* y describir la índole de estos. Posteriormente, estudiar la fuente de esos riesgos, y en ese proceso intervienen unos factores exógenos, como el antecedente histórico, procesal o empresarial, el concepto de expertos, el análisis hipotético concebido de una forma tangible o intangible, y desde luego tener presente la aparición del riesgo o la mutación súbita de factores o coeficientes que permitan vislumbrar su pronta irrupción en el escenario. El riesgo puede consistir en algo que no suceda y, por ende, el componente de reacción debe acomodarse a esa contingencia que pueden ser aspectos políticos, sociales, ambientales, sanitarios, comerciales, penales, fiscales, etc. En conclusión, el riesgo, desde el punto de vista empresarial, puede captarse desde ese perfil como una desviación o rodeo de lo que se aguarda en sentido positivo o negativo, como una posible combinación de las secuelas de un evento no necesariamente catastrófico, o como una alusión a eventos potenciales dañinos, y en el campo aduanero, un conjunto de actividades ilegales que es necesario neutralizar y reprimir o evitar que se repitan. Finalmente, el marco de gestión de riesgos, en cualquier esquema, comercial, oficial o fiscal, debe entenderse como un conjunto de elementos que suministran los pivotes y las modalidades metodológicas indispensables para diseñar, implementar, controlar, rastrear, revisar y mejorar continuamente la organización, para que de esa forma la arquitectura que saliere de ese trámite fuese antisísmica.

la identificación de las debilidades, oportunidades, fortalezas y amenazas, cumplir con las exigencias legales y las normas internacionales, optimizar la gobernanza, asignar eficazmente los recursos para el tratamiento del riesgo y minimizar las pérdidas (Norma Técnica Colombia NTC-ISO 31000. Gestión del riesgo. Principios y directrices).

Ya para terminar este apartado en relación con la organización empresarial a fin de tomar el hilo aduanero, es oportuno reconocer que el sistema de la gestión del riesgo es algo transcendental para la misión, la visión y los objetivos de cualquier sociedad comercial, de tal manera que solo bajo esa rúbrica será posible alcanzar un grado de información suficiente para contrarrestar o apartar la presencia de un peligro o una amenaza potencial sobre las actividades mercantiles de su objeto social. Es decir, cualquier actividad empresarial debe tener un sistema de gestión del riesgo al lado de sus controles administrativos para resistir los ataques que de distintos frentes a diario recibe, o bien como secuela de su objetivo social, o bien merced a la intervención de organizaciones criminales e, incluso, en los casos de violación a la confidencialidad de sus acciones y estrategias o a la propiedad industrial.

Al ponderar el acápito empresarial sobre el riesgo, y subrayar su significación que es evidente, pues contribuye a la eficiencia al manejar la incertidumbre, es viable definir ahora hablar de ese riesgo, pero desde la instancia aduanera y concebirlo, por ende, como aquella “probabilidad de que no se cumpla la normativa aduanera vigente y en general con las obligaciones administrativas impuestas por la DIAN” (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

Desde el punto de vista formal, los elementos de esa gestión del riesgo se hallan determinados por las personas que intervienen en la cadena logística de distribución o por las operaciones de comercio exterior, por el estado de las obligaciones de pagos exigibles en materia aduanera, lo relacionado con el pago de los tributos aduaneros o con la solvencia económica para desarrollar las operaciones de comercio exterior (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Y, además,

con los derivados del incumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, por los relacionados con la evasión del pago de los derechos e impuestos a la importación por distorsión de los elementos de valor en aduanas de la mercancía importada, de los tratamientos preferenciales derivados de la aplicación de las normas de origen, de los aspectos relativos a la nomenclatura arancelaria por la solvencia económica para desarrollar las operaciones de comercio exterior y por la solvencia económica que asegure el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias. (Decreto 1165/2019, de 2 de julio)

Eso implica que de un modo previo deberá surtirse el análisis integral —componente del control aduanero— sobre el alcance de esos conceptos con sus trámites para proveer no solo el control aduanero rutinario, sino que también, si se adecuren los elementos antes descritos, como la operación de comercio exterior o el sujeto que va a intervenir, apoyarse en el sistema de ges-

tión del riesgo aduanero, para abordar explícitamente la incertidumbre y proteger el marco legal correspondiente.

Entonces, desde una perspectiva legal, el peligro de no cumplir con la normativa aduanera lo monopoliza de una forma genérica el control aduanero; pero más tarde, cuando se tipifiquen algunos de los elementos —operación o persona— el sistema de gestión de riesgo aduanero según los protocolos que maneja, lo calificará con el índice de bajo, medio y alto, y servirá, o como medida para la operación de comercio exterior, o como distribución en la cadena logística, o como referente a la hora de emitir un concepto favorable o desfavorable de los importadores, exportadores usuarios y obligados aduaneros en el momento de efectuar alguna solicitud o trámite de autorización o habilitación. Y desde luego que eso valdría para un futuro como un antecedente cuando se hiciera otra vez el análisis integral de una nueva situación operativa o personal (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

El control aduanero y su sucedáneo, el sistema de gestión del riesgo en el contexto del comercio exterior, está depreciado, porque su tarea y su método, así como la índole de los elementos que maneja, son excesivamente generales y no han dado resultados específicos. No obstante, es preciso aclarar que, si se lograra el manejo eficiente de la información o datos acerca de las personas que intervienen en la cadena logística, el estado de sus obligaciones fiscales, la evasión, la solvencia económica de los usuarios o declarantes para desarrollar sus actividades o para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, podrían mostrar la otra cara de la moneda y de esa forma revelarían la pertinencia de sus medidas o certificaciones. Sin embargo, y se reitera en asuntos referentes a la mercancía sensible y a las personas que van a intervenir esos trámites, que se van a llevar a cabo en un futuro no muy lejano, es menester insistir en la especialización del sistema de la gestión del riesgo aduanero, como se verá mas adelante.

Sea pertinente ahora definir lo que es la gestión del riesgo aduanero desde la perspectiva del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y afirmar que es aquella aplicación sistemática de prácticas, técnicas y procedimientos administrativos que proporcionan a la aduana la información necesaria para manejar movimientos o envíos de carga que presenten un riesgo. Y para ello se establecieron cuatro pasos, a saber:

1. El contexto. Debe entenderse como el escenario en que se va a llevar a cabo la operación aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) o la aplicación de un determinado régimen aduanero, como importación, exportación o tránsito a efectos de calcular la presencia de un peligro. En el marco legal colombiano, existe una presunción de inocencia que es indispensable respetar, es decir, que no se puede actuar oficialmente en una operación aduanera o en un régimen aduanero si no existe una inferencia razonable según informaciones creíbles de que es probable la comisión de una infracción al régimen de aduanas (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). De lo contrario se asumen

las contingencias penales o disciplinarias que tal proceder arbitrario, injusto o precipitado traerá consigo por ausencia de un componente probatorio serio. Por eso, el sistema de gestión del riesgo aduanero acompañado del control aduanero eficiente, esto es, según las fuentes de información, en los datos históricos, en la experiencia y en la información, minimizaría esa posibilidad, pues permitiría a la DIAN actuar con fundamento en referencias sólidas.

2. Identificación del riesgo. No toda operación aduanera ni la solicitud de habilitación, autorización o aplicación de un régimen aduanero suponen un riesgo para el Estado. Es forzoso manejar no solo el análisis integral correspondiente (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), sino también verificar los antecedentes de algún usuario aduanero u obligado, las opciones, las declaraciones anteriores, la información recaudada, la índole del bien y los documentos de rigor para calcular la posibilidad de ocurrencia de tal amenaza. Por ejemplo, durante el proceso de clasificación, origen y valoración (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) de cierto tipo de mercancía, y entonces, con las evidencias, proceder en consecuencia tras desenvolverse metódicamente la correspondiente pesquisa aduanera (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). De lo contrario, se pretermitirían los principios de favorabilidad, tipicidad, de prevalencia de lo sustancial y del principio de justicia que gobiernan la mecánica aduanera.

3) Análisis del riesgo. Según la índole de la operación aduanera de transporte, por ejemplo, la naturaleza de la mercancía o del régimen, la índole del usuario u obligado aduanero es posible, desde luego con mucha precaución, inferir que el riesgo es alto, medio o muy bajo de acontecer algún comportamiento típico (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). No hacerlo de esa manera, y colegir de un modo inadecuado algo del análisis integral y precipitar alguna medida de fiscalización, no solo violentaría la presunción de inocencia comentada y el debido proceso, sino que iría en contra del principio de eficiencia que campea en la normativa aduanera y, además, vulneraría el principio de legalidad que debe rodear toda la actividad estatal en Colombia. Entonces el camino a seguir es obrar con cautela y con las herramientas del control aduanero, el análisis integral y, al lado, el sistema de gestión del riesgo aduanero, para confrontar y comparar la información, y los documentos con los que reposan en el sistema informático aduanero o en una declaración aduanera con respecto a sus instrumentos soporte y evaluar si existen o no inconsistencias, determinar si existen o no errores, si se pagaron los tributos aduaneros totalmente o si se trata de mercancía con restricciones administrativas para proceder según la ley: el inicio del proceso de fiscalización o no.

4) Manejo del riesgo. La asistencia y la cooperación entre las distintas autoridades (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) y la oportuna interacción con el sector afectado serán positivos para obtener el éxito en las labores de rastreo y monitoreo del peligro, pues permitirá implementar las medidas para neutralizarlo. Esto es, que las categorías de tal estrategia serían tras el análisis integral de la situación (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), el recaudo de la información,

el examen de ciertas cuestiones previas o concomitantes, la confirmación de la información, el seguimiento, la infiltración, la exploración, la eficiencia, la firmeza y posteriormente la recomendación oficial para determinar el camino a seguir (Decreto 1165/2019, de 2 de julio); no obstante, sujeta al marco legal para evitar falsos positivos que aparejarían consecuencias económicas, penales y disciplinarias, que además deteriorarían en el futuro cualquier operación similar. A pesar de que, para el manejo del riesgo alrededor de ciertos productos sensibles y de operaciones de subfacturación o sobrefacturación, por ejemplo, se requerirá un modelo específico de sistema de gestión del riesgo aduanero, del cual se hablará en el otro ítem, porque el actual sobreactúa sobre operaciones y sobre personas. Y de una forma general.

El sistema de gestión del riesgo aduanero debería ir engarzado con el esquema de control aduanero de acuerdo con la ley, eso es obvio. No obstante, debería igualmente operar de una forma autónoma y con un modelo específico para determinadas situaciones relacionadas con la mercancía y su operación de comercio exterior a fin de recomendar las medidas eficaces para neutralizar su introducción, circulación o salida del país. Porque ante la audacia, la técnica y la movilidad de las organizaciones criminales, resulta inútil, no solo la excesiva burocratización de esos dos procesos, de control y de gestión del riesgo, sino también la incompetencia o la corrupción del elemento humano en esta cadena de seguridad preventiva. Por ello, lo pertinente debería ser adecuar el sistema de gestión del riesgo con otro modelo más puntual para rondar el tráfico de aquellos bienes sensibles que ponen en peligro la economía nacional o alertar sobre actividades dudosas que conduzcan luego a violentar la ley penal.

Es de recibo aclarar que una cosa es el control aduanero anterior o previo a la importación, exportación y tránsito de mercancía, y otra cosa es el sistema de gestión del riesgo adoptado con sus elementos (personas, operaciones, obligaciones, solvencia, etc.), porque este último procedimiento es más específico, ya que, al intervenir, se hizo forzoso de un modo preliminar el manejo de los datos recopilados y, por ende, se podría conjeturar válidamente que podrían evadirse total o parcialmente los impuestos de aduana a pretexto de un tratamiento preferencial, de origen o correcta clasificación arancelaria o porque la marca de ese bien violenta la legislación de propiedad industrial (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Si se optare por el control de rutina, sin el manejo de un modelo de sistema de gestión del riesgo, es posible que el desaduanamiento se cumpliera sin contratiempo; pero, si se eligiere, dados los antecedentes, por la aplicación rigurosa del modelo de gestión del riesgo, es factible iniciar un operativo de fiscalización y neutralizar la aplicación del régimen de importación aparentemente legal. En igual sentido, apunta el sistema de gestión del riesgo a efectos de autorizaciones y habilitaciones de los diversos usuarios y obligados aduaneros, pero, en una forma genérica, lo que le resta pertinencia contra otro tipo de riesgos de más envergadura: lavado de activos, fraude a la renta de aduanas, contrabando de hidrocarburos, entre otros.

Lo mismo acontecerá si, a pesar de la índole de la importación, el control aduanero solo es simultáneo sin la intervención previa de alguno de los dos modelos de gestión del riesgo aduanero actual (operacional y personal). Y entonces aquí ocurriría que el desaduanamiento no se podría suspender o rechazar, porque la documentación aparentemente estaba en regla al instante de presentar la declaración aduanera de importación (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) en cualquiera de los ítems señalados, origen, valoración, marca, etc.; y ante la ausencia de las directrices que ese modelo del sistema de riesgo hubiere trazado sobre el particular, nada se pudo hacer ante la vista de propios y extraños. En cambio, con la puesta en marcha de un modelo específico dentro del sistema de gestión del riesgo al margen o, incluso, después del formal control aduanero, en escenarios concretos, podría facilitar la labor de prevención, represión, control y sanción de la DIAN sobre productos sensibles y operaciones sospechosas.

Y en lo que tiene que ver con el control posterior, la aplicación de un modelo del sistema de gestión del riesgo solo serviría para el futuro, pues ese control posterior o de fiscalización se llevó a cabo no sobre la mercancía, pues ya se le concedió el levante, y si es precedera o de difícil identificación, será imposible aprehenderla (Decreto 1165/2019, de 2 de julio). Y entonces solo será de recibo que quedaron sobre el tapete los antecedentes negativos de los usuarios u obligados aduaneros a efectos de cualquier posterior autorización, inscripción o habilitación.

Finalmente, es factible afirmar que es más fácil para una organización empresarial contar con un modelo de sistema de gestión del riesgo que consiguiese sofocar los peligros que se ciñen sobre esta, en los términos atrás referenciados, si bien respetando a la ley que para este caso es la DIAN. Pues como organismo del Estado con funciones precisas y obligaciones tajantes debe proceder con cautela en el momento de poner en marcha procedimientos coercitivos o de control porque debe obrar dentro de los límites constitucionales y legales de rigor que un Estado social de derecho demanda. No obstante, la aplicación de un modelo complejo es del recibo por parte de la autoridad aduanera e igualmente por parte de la organización empresarial, como se verá en el siguiente acápite.

Unas palabras finales: pese al anterior inconveniente formal, resulta evidente que un buen modelo del sistema de gestión del riesgo es de vital importancia en el mundo globalizado tanto empresarial como aduanero, porque establece un contexto, identifica los peligros, analiza los riesgos, evalúa y prioriza según los niveles, alto, bajo, medio y, luego, define las estrategias para neutralizar esas amenazas con unas medidas adecuadas.⁴ Sin embargo, es menester actua-

⁴ Por ejemplo, y se aclara el sistema de gestión del riesgo en el marco aduanero, con sus dos modelos, va dirigido contra el usuario y obligado aduanero, y contra las operaciones de comercio exterior o la cadena logística: si va contra el primero, califica, autoriza y habilita sin dejar de evaluar constantemente su desempeño, y si va contra el segundo, selecciona opciones para proveer. De aquí se desprende que la interacción entre los diversos

lizar constantemente los protocolos de acción y de reacción de ese sistema —o del modelo que se adoptare— porque el perfeccionamiento de la inteligencia artificial, la reproducción en 3D y otros mecanismos de alta tecnología también pueden ser aprovechados por la delincuencia organizada para sus condignos fines.

4. LA TRAZABILIDAD

Este es el modelo específico al cual se hizo alusión y que se requiere implementar en el sistema de la gestión del riesgo para seguir la pista (Decreto 1165/2019, de 2 de julio) o los antecedentes sobre operaciones aduaneras a ciertos productos sensibles, a determinados usuarios y obligados aduaneros y, por qué no, a los terceros que optan por el anonimato, pero que son los artífices de procedimientos ilegales a través de testaferros, para obtener de ese modo la neutralización oportuna de las diversas etapas del acontecer criminal en lo que concierne al contrabando, al lavado de activos o al fraude a la rentas de aduanas de modo puntual. Esto es, este modelo solo manejaría aquellos casos en que se vislumbra la comisión de esos reatos de algún usuario u obligado o de su operación, incluso, antes de llegar la mercancía al país. Entonces la distinción entre los modelos vigentes, el personal y el operacional salta a la vista: estos para los exámenes globales de las diversas operaciones de comercio exterior en atención a los elementos que lo componen y aquel exclusivamente para explícitas mercancías llamadas sensibles para neutralizar el lavado de activos, contrabando y fraude a la renta de aduanas, entre otras disposiciones.

La pregunta que surge de lo anterior es la siguiente: ¿en qué momento debe acudir a la trazabilidad como un modelo complejo o dejar a la usanza del sistema de gestión del riesgo el procedimiento con sus dos modelos básicos? Es conveniente repetir que el sistema de gestión del riesgo aduanero tiene sus dos modelos básicos, y eso conlleva en general definir si es en relación con el usuario u obligado aduanero o si es en relación con la cadena logística de distribución u operación, pero en cualquiera de los eventos se acude al acopio de la información, a la interacción documental y monitoreo, al manejo documental o de la base de datos, y rápidamente salta a otra etapa que es su evaluación, verificación fáctica y legal y calificación. En cambio, la trazabilidad es un modelo peculiar de ese sistema que solo es aplicable en ciertos casos, como se dijo atrás, y puntuales, pues demanda una serie de ejercicios forenses que no se podrían aplicar en otros contextos, pues volverían un farrago el sistema de gestión y la trazabilidad como modelo, y además alterarían su mecanismo de acción y reacción.

servicios informáticos aduaneros conduce a calificar a los importadores, exportadores y autorizar al operador económico autorizado (OEA) y al exportador autorizado, valga la redundancia, a emitir concepto favorable o no para habilitación o autorización como usuario. Y justiprecia las operaciones de comercio exterior de alto, bajo o medio riesgo, y si es en relación con la cadena de distribución logística puede disponer, por ejemplo, la inspección física de la mercancía.

Entonces el modelo complejo de trazabilidad deberá aplicarse en el contexto aduanero solo cuando la índole del proceso a seguir con respecto al usuario u obligado aduanero y con la operación de comercio exterior propiamente dicha tenga que ver con mercancía sensible, previamente fijada por el Gobierno Nacional (ron, tabaco, calzado, etc.), y que exista la inferencia razonable de que se evadirían los derechos de aduanas, se lavaren activos o se introdujeran de contrabando. En los demás casos en que no concurren estos factores o estas acciones típicas y antijurídicas y culpables, el control aduanero y los modelos de gestión del riesgo aduanero seguirían cumpliendo su rol (Decreto 1165/2019, de 2 de julio).

En materia empresarial, por otro lado, el modelo de un sistema de gestión del riesgo igualmente está relacionado con personas y con la cadena logística y, por ende, es un proceso diseñado para vigilar las actividades de las personas involucradas en los asuntos rutinarios de la empresa y en la operación en sí, de manera paralela y simultánea, para estar atenta al desenvolvimiento de la cadena de abastecimiento y al mismo tiempo estar al corriente de lo que ejecutan los empleados, y eso le permite a cada sociedad delinear su propio sistema de reconocimiento en lo que respecta al alcance, precisión y automatización de esta, en función de sus propios fines comerciales. De esa forma, cumpliría con el requisito fundamental tanto reglamentario como comercial de rastrear el origen —un paso atrás— y el destino —un paso adelante— de un producto en forma costo-efectiva en cualquier punto de la cadena de abastecimiento al margen de la cantidad de cruces fronterizos que hubiere efectuado y junto al accionar de las personas comprometidas en la operación.

Mas aquí, asimismo, es indispensable hablar de otro modelo, el de trazabilidad empresarial, distinto del tradicional, porque, si bien está basado en protocolos análogos, tendrá como objetivo identificar amenazas y potenciales acciones delictuosas y poco éticas de sus empleados dentro de la organización o en cualquier momento de la cadena de suministro y entrega de un producto e, incluso, acciones de terceros o de la competencia que afectaren la funcionalidad de la compañía con fundamento en el manejo oportuno de la mejor información disponible y ayuda a tomar decisiones, y a priorizar acciones eficaces para neutralizar la acción criminal o ilegal, de propios o extraños.

Esto merece una explicación: es pertinente examinar este modelo complejo de trazabilidad empresarial y enseguida tantear el modelo de trazabilidad aduanera a efectos de cotejarlos y derivar una conclusión. Entonces, ¿cómo podría una sociedad afrontar un caso de abuso de confianza que involucrare a su representante legal? Si bien estas anomalías ocurren en cualquier contexto empresarial, la verificación de un hecho de esa índole obligará a esa firma rápidamente a mejorar sus controles e implementar un sistema de gestión del riesgo a través del modelo de trazabilidad, de suyo complejo y específico, con herramientas precisas que le permitan en el futuro prevenir y contrarrestar la repetición de esa maniobra del empleado y la operación llevada

a cabo, pero distinta del acostumbrado que con seguridad ya estaba implementado y operando en sus niveles correspondientes.

Eso significaría como primera medida la revisión del programa ético y de cumplimiento que tiene tal organización para ajustarlo a la nueva realidad, y como segunda medida instaurar ese modelo de trazabilidad como parte de su sistema de gestión del riesgo en general a fin de adecuar otro control como mínimo de los criterios apropiados para alcanzar el nivel de seguridad que se requiere.⁵ Esto es, todas las labores de inspección, revisión de comportamientos, actividades, seguimientos, intercambio de información, interacción, pistas de las acciones de empleados y de las operaciones serán indefectibles ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación rutinaria del modelo estándar del sistema de gestión del riesgo, pues se halla relacionado con la actividad normal de la compañía para proveer un enfoque sistémico oportuno y estructurado del caso y alcanzar un resultado satisfactorio.

Decantada sucintamente la trazabilidad empresarial en sus dos variables, la personal y la operacional —en lo que tiene que ver con su producción y distribución— y la compleja —en materia criminal y recuérdese que ya se habla del derecho penal empresarial— y que por razones de espacio no se puede abundar en detalles, es pertinente exponer lo concerniente a la trazabilidad como modelo complejo, pero en el marco aduanero.

Es preciso resaltar que el modelo complejo de trazabilidad, porque involucra simultáneamente dos acciones: contra la operación y contra la persona, en el contexto fiscal, debería formar parte del esquema de política preventiva en materia criminal del Estado, ya que el artículo 47 de la Ley 1762/2015, de 6 de julio, mejor conocida como la ley anticontrabando, facultó al Gobierno Nacional para que reglamentara ese modelo de trazabilidad y concretara cuáles serían los parámetros a utilizar acordes con la realidad del comercio exterior en temas como los productos sensibles. Si bien hasta ahora no se ha expedido la correspondiente disposición, no obstante, viene circulando en el espectro jurídico aduanero un proyecto de decreto que pretende limitar el número de productos sensibles a los diez más representativos conforme a los datos estadís-

⁵ Es del caso adicionar que algunos podrían dudar de la eficacia de este modelo complejo, por decirlo de una manera, que serviría para contrarrestar el reto de los empleados delincuentes, porque existirán otras herramientas más contundentes, como la intimidación de la justicia. No obstante, es de recibo responder que, por el contrario, este modelo complejo de trazabilidad, bien planificada, al margen de los dos modelos de gestión tradicionales, que busca definir reglas comerciales y requisitos mínimos que deben cumplirse en el diseño de su tradicional operación empresarial, puede incidir en la neutralización de procesos criminales, al poder alinear información del personal, solicitar seguimiento al personal, registrar sus antecedentes, etc., conforme a la ley. Desde luego con un nivel de confidencialidad alto, no para reemplazar programas de seguridad, sino para complementarlo o adecuarlo, cuando aparecen fisuras o problemas, pues es flexible y se acomoda a las circunstancias.

ticos. Y, conjuntamente, según el informe del sistema Ferrajoli de la DIAN, donde se detectó una distorsión en las importaciones colombianas por la subfacturación, contrabando, lavado de activos y otras modalidades, se vio que era oportuno prospectar un modelo de trazabilidad sobre operaciones aduaneras de productos sensibles⁶ para controlar los comportamientos criminales: es, pues, urgente compendiar ese modelo de trazabilidad en el campo aduanero como un tipo más del sistema de gestión del riesgo, puesto que contempla explícitamente la incertidumbre, la índole de esa incertidumbre y cómo puede ser dirigida, vigilada y neutralizada.

¿Cómo debe operar ese modelo? Ese modelo en el contexto empresarial y aduanero debe no solo manejar los protocolos que le son propios a todo sistema de gestión del riesgo, sino igualmente abordar la puesta en marcha de un cronograma con varias etapas, una previa para explorar si es realizable o no, a fin de seguir las fases de todo hecho punible (fraude a la renta de aduanas, por ejemplo), ya que la conducta humana no solo es castigada “cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo penal del delito consumado sino también en alguna ocasión sin existir el resultado provechoso por el individuo, el comportamiento pone en peligro el bien jurídico tutelado” (Córdoba, 2001, p. 15); y desde ese cronograma es factible contribuir a la consecución de los objetivos para reprimir ese comportamiento típico.

Y es ahí donde es menester manejar la figura del *iter criminis* entendido como “el proceso en parte mental y en parte físico que va desde la decisión de cometer el delito hasta su consumación” (Córdoba, 2011, p. 16), que deberá ser examinada con detenimiento, porque hay unos pasos en ese devenir que pueden confundir al observador. De ese modo, el marco general de la trazabilidad se hallará determinado metódicamente por una postura analítica entendida como construcción de sus elementos funcionales, temáticamente por los eventos que va a sopesar para obtener resultados y la síntesis o conclusión que es la recomendación de adopción de aquellas medidas para neutralizar tales acciones y obtener más tarde la sanción penal y aduanera pertinente, porque este modelo, como los demás, no es algo aislado ni separado de las principales actividades que tienen que ver con la prevención y sanción del delito aduanero, sino que forma parte de las responsabilidades de la autoridad en ese campo.

⁶ A título de complemento, es del caso indicar que los productos sensibles de que trata el eventual proyecto son vehículos automotores, tractores, ciclos partes y accesorios, especialmente los demás partes y accesorios de vehículos automotores, combustible, especialmente hidrocarburos, reactores nucleares, calderas máquinas y partes, especialmente máquinas de trabajo que incluye portátiles, prendas y complementos de vestir, de punto y demás artículos textiles confeccionados, especialmente confecciones, bebidas, líquidos alcohólicos y vinagres, especialmente bebidas y licores, calzado, botines, artículos análogos, especialmente calzados, materias plásticas y manufactura, especialmente plásticos y sus manufacturas, residuos industrias alimentarias y alimentos para animales, especialmente residuos de las industrias alimentarias y alimentos para animales y tabaco sucedáneo del tabaco elaborado, especialmente cigarrillos. Y las personas que deberían ser incluidas serían los usuarios y los obligados aduaneros directos e indirectos.

Bajo esta perspectiva, la autoridad aduanera podría atisbar las fases del *iter criminis* de un fraude a la renta de aduanas, y entonces el encargado o los encargados de manejar el modelo deberán entender cuáles son los componentes de ese tipo: “El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando sea requerido por la autoridad aduanera cuando esté obligado a entregarla por mandato legal con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos derechos o gravámenes a la que está obligado en Colombia, en cuantía superior a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de 8 a 12 años y multa de 1.000 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Ley 1762/2015, de 6 de julio), y de ese modo poco a poco irá decantando qué actividades son eventualmente punibles y cuáles no, cuáles serán las circunstancias de modo tiempo y lugar donde se consumara la maniobra proclive, etc., para sugerir el camino a seguir dentro del trámite aduanero o penal correspondiente. La diferencia con el modelo de trazabilidad empresarial radica, entonces, en que, por lo general, este actúa sobre hechos cumplidos para evitar su repetición, aunque no se descarta que igualmente intervenga para evitar la consumación de algún tipo penal en el futuro; en cambio, el modelo complejo aduanero debe actuar para neutralizar un contingente comportamiento criminal, si bien no se descarta que igualmente medie para impedir que se repitiere ese hecho punible en el futuro.

Hay dos tipos de modelos normales en el sistema que interactúan en el control aduanero, conforme lo determina la ley (Decreto 1165/2019, de 2 de julio), como ya se dijo: un modelo que indica el nivel de riesgo del sujeto que interviene en el proceso a través de la revisión de la información autodeclarada en los registros por muestra, es decir, un modelo por individuo, y el otro, un modelo que indica el tipo de riesgo operacional, es decir, un modelo por la índole de riesgo, y en este caso se sopesan los indicadores generados por el estudio de procedimientos y fuentes de información exógenas y de ambas evaluaciones, que pueden ser conjuntas o separadas. Surgirán unos puntajes de consistencia o inconsistencia del asunto, a efectos de conceder o aceptar las devoluciones, las garantías, las autorizaciones, el trámite de fiscalización tributaria, y las actividades del operador económico autorizado, usuarios y obligados aduaneros directos o indirectos, así como los peligros eventuales de algunas operaciones de comercio exterior y en la cadena de distribución logística de mercancías en general. No obstante, se podría comentar que en la regulación aduanera vigente existen restricciones, procedimientos y mecanismos para vigilar y examinar con lupa el proceso de nacionalización de ciertos bienes como los textiles, sin que mediere explícitamente el sistema de gestión del riesgo.

Pero como esos dos modelos no han podido salir avantes, ya que para nadie es un secreto que el país está invadido de productos sensibles y foráneos de contrabando, y el lavado de activos o el fraude a la renta de aduanas crece a diario y por doquier, entonces es viable reclamar la aparición del tercer modelo, la trazabilidad, para que, al implementar la aplicación de los protocolos normales y los que le son propios en esta etapa: el estudio del caso (mercancía sensible, con-

trabando, lavado de activos, fraude a la renta de aduanas, sujetos, etc.), el análisis exhaustivo, la evaluación de la información, el enfoque del contexto, el rastreo de los antecedentes y el examen de inteligencia, se determine luego el nivel de riesgo —alto, medio o bajo— y acorde con ese grado llevar a cabo el pronóstico de la situación, y si es factible acudir, entonces, a las técnicas de indagación e investigación de la prueba y el sistema probatorio que establece el código de procedimiento penal, y de esa manera contribuir a mejorar la incertidumbre y recomendar las medidas que podrían ser de variada naturaleza, vigilancia extrema, aprehensión, denuncia penal, suspensión de la operación aduanera (en el caso de la propiedad intelectual), entre otras.

Por eso, es incuestionable la aplicación de este tipo de modelo, pues permitiría escrutar a la luz de la ley penal, cuando empezó la preparación de la operación, pues hay actos que en un momento dado no son todavía punibles, e igualmente cuándo comenzó la ejecución del designio criminal con los pasos concretos para finiquitar la maniobra proclive. ¿Por qué? “Porque no existe uniformidad en la doctrina acerca de cuándo se principia a preparar el acto y cuándo se empieza a ejecutar, y aunque muchos tratadistas sostienen que lo esencial es escudriñar el acto ejecutivo” (Córdoba, 2001, p. 17) para evitar un fracaso, y por eso es indefectible anotar de modo inequívoco las fases del designio criminoso. Esto es, que este modelo complejo de trazabilidad que se reclama también podría ayudar a consolidar una teoría del caso.

Bajo estas circunstancias, es necesario acudir a este modelo para que, al incluir no solo las operaciones aduaneras de productos sensibles, y a los usuarios aduaneros y los obligados directos o indirectos e incluido a los terceros, como el comisionista en el exterior, se pueda predicar que ya existe una verdadera política criminal en materia aduanera.

Ahora bien, en el hipotético caso de la aplicación del modelo de trazabilidad comentado (en relación con el sujeto y la operación) a la hora de hacer el examen del aspecto subjetivo de la conducta señalada a cargo del pretense indiciado en el rastreo de la operación o de los presuntos implicados, se ha de examinar que su concurrencia pueda inferirse a partir de la menor o mayor dificultad interpretativa de la conducta fraudulenta, así como la mayor o menor divergencia de criterios doctrinales o jurisprudenciales sobre su sentido o su alcance, elementos de juicio, que a pesar de su relevancia, no serían los únicos que han de justipreciarse. Imponiéndose la necesidad de avanzar en ese caso hacia la reconstrucción metódica de la operación llevada a cabo por el declarante o sus cómplices desde una perspectiva cartesiana (Descartes, 2006, p. 53), es decir, desde lo más sencillo hasta lo más complejo, y no dar nada por cierto o falso, sino cuando mediere el examen exhaustivo o la evaluación total del acervo rastreado, porque puede ocurrir que no se podría estar en presencia de un fraude aduanero, sino de una infracción administrativa del usuario u obligado aduanero, y en ese evento la sanción sería multa, aprehensión y decomiso del bien.

Por tanto, los planos de acción de la trazabilidad comentada aquí deberán encaminarse en cada evento, no solo a rastrear y neutralizar o reprimir la conducta criminal aduanera, sino que debería iniciarse desde una etapa temprana para obtener una sólida información de los antecedentes, un enfoque conveniente de la operación, las limitaciones de los datos y los factores humanos que encierra tal situación, para que contribuya a la pertinencia de los resultados a través de las medidas que se recomendarán. Y garantizar con esto que los comprometidos en la aplicación del proceso del sistema de gestión del riesgo aduanero —y de contera el empresarial— en cuanto a este modelo de trazabilidad reciban la correspondiente sanción penal o se neutralizare la operación de comercio exterior, y es ahí donde reside la importancia de este modelo dentro del sistema de la gestión del riesgo aduanero. Sin la implementación de la trazabilidad aduanera, y solo con los dos modelos tradicionales esbozados, no le alcanza a la autoridad aduanera para competir con la trazabilidad empresarial desde el punto de vista de los resultados, porque, primero, carece de ese modelo complejo y, segundo, la inteligencia corporativa con sus recursos y de mano con esa trazabilidad desarrolla mejor la política de neutralización de la acción criminal que la inteligencia de la autoridad aduanera.

5. CONCLUSIONES

Por lo que he expuesto, salvo mejor opinión en contrario, se hizo un esfuerzo metodológico y temático para comprobar la importancia de la implantación del sistema de gestión del riesgo en el campo aduanero con una herramienta indispensable todavía pendiente, el modelo de trazabilidad, que podría respaldar con énfasis la seguridad de las operaciones de comercio exterior y la visibilidad de sus resultados a corto plazo, así como la idoneidad de usuarios y obligados aduaneros (Meisel, 2020, pp. 161 y 162). Desde luego que el sistema de gestión del riesgo aduanero con sus dos modelos cardinales, el relativo a la persona y el relativo a la operación, no se convertirá en una panacea para resolver los múltiples problemas que agobian a la frágil estructura del comercio exterior, pero si se le introduce un instrumento como el modelo de trazabilidad explicitado aquí, y que se halla entre los dos modelos oficiales, en ciertos contextos, podría convertirse en el comienzo de una época cuando el control aduanero y el sistema de gestión del riesgo aduanero con esa ayuda tendrán un peso significativo a la hora de justipreciar explícitamente la incertidumbre.

Desde luego que el rendimiento de un sistema de gestión de riesgo como el aduanero —sin el modelo de trazabilidad— dista mucho del rendimiento de un sistema de riesgo empresarial con el modelo de trazabilidad complejo: el primero supone la aplicación de la ley en toda la extensión de la palabra, con sus aprietos, baremos e indolencia, y en cambio el segundo presupone un ejercicio en que confluyen no solo las debilidades, sino también las oportunidades, las fortalezas y las amenazas que la empresa debe afrontar, con la seguridad de que su sistema de gestión del riesgo, en especial con este modelo de trazabilidad, producirá resultados efectivos y

preventivos para el futuro; pero esto no le resta su trascendencia, pues dirige la incertidumbre por el camino adecuado. ¿Qué debe imitar el sistema de gestión de riesgo aduanero con sus actuales dos modelos y el tercero por aparecer, del sistema de gestión del riesgo empresarial? Que, en este escenario, hay más pala y menos pico o en cualquier compañía de peso, se dice y se hace; en cambio, a nivel aduanero, el lema es: se obedece pero no se cumple, y a veces le falta la confidencialidad, un arma que en la actualidad está comprometida su eficacia.

En todo caso, las estadísticas en la lucha contra el crimen organizado en materia aduanera muestran que se hace indispensable instaurar el modelo de trazabilidad ya comentado para incrementar la importancia del sistema de gestión del riesgo aduanero, pues los dos modelos que imperan en la actualidad, el relacionado con el usuario u obligado aduanero y el relacionado con las operaciones de comercio exterior, importación, exportación y tránsito, carecen de consistencia y contundencia para darle coherencia a la política criminal del Estado en materia aduanera, en especial frente al lavado de activos, fraude a la renta de aduanas e introducción de mercancías sensibles. En el campo empresarial, las cosas van por mejor camino, aunque eso no garantiza siempre el éxito en la gestión.

Lo que basta es suficiente.

REFERENCIAS

Decreto 410/1971, de 27 de marzo, por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial*, núm. 33.339 (1971).

Decreto 1165/2019, de 2 de julio, por el cual se dictan disposiciones relativas al régimen de aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013. *Diario Oficial*, núm. 51002 (2019).

Ley 1523/2012, de 24 de abril, por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 48.411 (2012).

Ley 1762/2015, de 6 de julio, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. *Diario Oficial*, núm. 49.565 (2015).

Córdoba Angulo, M. (2001). *La tentativa: monografías de derecho penal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Descartes, R. (2006). *El discurso del método y meditaciones metafísicas*. Madrid, España: Espasa Calpe.

Spinoza, B. (2008). *Ética*. Madrid, España: Alianza.

Guía de implementación de la facilitación del comercio. (s. f.). *Convenio de Kyoto Revisado (CKR)*. Recuperado de <http://tfig.unece.org/SP/contents/revised-kyoto-convention.htm>

Ley 7/1991, de 16 de enero, por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, núm. 39631 (1991).

Meisel Lanner, R. (1987). *El Tribunal Andino de Justicia*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional.

Meisel Lanner, R. (2020). *La regulación aduanera frente al derecho marítimo internacional*. Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar. Recuperado de <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/3835>

Norma Técnica Colombia NTC-ISO 31000. Gestión del riesgo. Principios y directrices.

Perilla Gutiérrez, R. (2012). *Manual para importadores y exportadores*. Bogotá, Colombia: Banco de Occidente.

Resolución 46/2019, de 26 de julio, por la cual se reglamenta el Decreto 1165 del 2 de julio de 2019.