

EL NUEVO DELITO DE FRAUDE A SUBVENCIONES

*Hernando A. Hernández Quintero**

Resumen: en la década de los setenta se evidenció en Colombia que algunos ciudadanos obtenían indebidamente recursos del Estado simulando exportaciones o desviando el fin para el que se les habían concedido créditos oficialmente regulados. Para combatir estas conductas se crearon algunos tipos penales en el Código Penal de 1980, los cuales se reiteraron en el Estatuto de Penas del año 2000. Recientemente se detectó que estas normas resultaban insuficientes para sancionar algunas modalidades cercanas a estos comportamientos ilegales, razón por la cual en el Estatuto Anticorrupción se creó el delito de *fraude a subvenciones*. En el presente escrito se realiza un estudio histórico y dogmático de la nueva figura y se establecen las diferencias con los delitos de *exportación ficticia* y *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado*.

Palabras clave: intervención, Estado, economía, fraude, subvención, subsidio, ayuda, exportación, crédito.

* Abogado, Universidad Incca de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia. Profesor titular, Universidad de Ibagué. Contacto: hahernandezq@hotmail.com. Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2012. Fecha de modificación: 3 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 5 de julio de 2013. Para citar el artículo: HERNANDO A. HERNÁNDEZ QUINTERO. "El nuevo delito de fraude a subvenciones", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, No. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 31-55.

THE NEW OFFENCE OF FRAUD TO SUBVENTION

Abstract: In the decade of the seventies it was evidenced in Colombia that some citizens improperly obtained State resources by simulating exports or diverting the purpose for which it was granted credits officially regulated. To address these conducts some offenses were created in the criminal code of 1980, which reiterated the penalties of the status of 2000. Recently it was found that these norms were insufficient to punish some modes near these illegal behaviors, reason why in the anti-corruption statute was created the offence of fraud to subvention. This paper shows a historical and dogmatic study of the new figure and sets the differences with the crimes of fictitious export and fraudulent application for credit officially regulated.

Keywords: Intervention, State, economy, fraud, subvention, subsidy, aid, export, credit.

I. INTRODUCCIÓN

En desarrollo de la política de intervención del Estado en la economía, consagrada en el artículo 334 de la Constitución Política, se otorgan subvenciones a los particulares con el objeto de incentivar algunos renglones de la actividad productiva en los que el país tiene especial interés¹. La obtención irregular de estos apoyos y la desviación de los recursos obtenidos han obligado al legislador a crear figuras penales que, paralelamente a las sanciones administrativas, castiguen ejemplarmente a quienes proceden de esa criticable forma. Por ello, la Ley 1474 de julio de 2011, que contiene una nueva versión del Estatuto Anticorrupción², por medio de su artículo 26 adicionó al Código Penal (Ley 599 de 2000) el artículo 403 A, con el cual se creó en Colombia un nuevo tipo penal al que se denominó *fraude a subvenciones*, comportamiento que, parcialmente, venía siendo sancionado desde el Estatuto Penal expedido en 1980, a través de los punibles de *exportación ficticia* (Código Penal, art. 310) y *aplicación fraudulenta de crédito* oficialmente regulado (Código Penal, art. 311).

La nueva disposición es del siguiente tenor:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve

1 Entre el 17 de octubre de 2012 y el 27 de noviembre del mismo año, el Gobierno entregó subsidios a los cafeteros por \$3.883 millones. "En un mes, subsidio a café ha costado \$3.883 millones" (*El Tiempo*, martes 27 de noviembre de 2012, p. 8). Con destino a los ganaderos el Gobierno entregó entre el año 2010 y el 2012, \$3,3 billones. "Ganaderos han recibido \$3,3 billones en gobierno de Santos" (*El Nuevo Día*, Ibagué, 4 de diciembre de 2012, p. 3-A).

2 El primer Estatuto Anticorrupción en Colombia se dictó por medio de la Ley 190 de 1995.

(9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

II. ANTECEDENTES

A. Los delitos de *exportación ficticia* y *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado*

En la década de los setenta se detectó en el país que personas inescrupulosas venían obteniendo indebidamente las subvenciones que el Estado otorgaba, a través del certificado de abono tributario (CAT)³, hoy certificado de reembolso tributario (CERT)⁴, a quienes realizaban exportaciones de productos no tradicionales. Asimismo, se advirtió la desviación de créditos concedidos por el Estado a los particulares por conducto de entidades financieras, a largo plazo y con tasas preferenciales, para desarrollar actividades agropecuarias o industriales⁵.

La situación comentada condujo al legislador de 1980 a crear, en el Título VII, denominado “Delitos contra el orden económico social”, los punibles de *exportación ficticia* (art. 240) y *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado* (art. 241).

Como lo advierte atinadamente el profesor ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL, el primer intento de sancionar el aprovechamiento ilícito de subsidios del Estado a través de exportaciones simuladas se consagró en el Proyecto de Ley 37 de 1975, que pretendió modificar el Título IX del Código Penal entonces en vigencia, el cual consagraba los delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio. En esa oportunidad se proponía castigar a quienes *mediante pruebas falsas* de exportaciones no realizadas, o acreditando mayor valor que el real, se *aprovecharan de los subsidios* que concedía el Estado por exportaciones reales⁶.

3 El certificado de abono tributario (CAT) fue creado por el artículo 165 del Decreto 444 de 1967.

4 La Ley 48 de 1983 dispuso la eliminación del CAT y ordenó la creación del certificado de reembolso tributario (CERT). Esta norma fue reglamentada por el Decreto 636 de 1984.

5 La Ley 5 de 1973 creó el Fondo Financiero Agropecuario, encargado de impulsar los créditos a este sector. Fue administrado hasta el año de 1991 por el Banco de la República y actualmente desempeña esta función el Fondo Financiero para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO).

6 HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO. “El delito de exportación ficticia”, en *Revista Derecho Penal* y

Más tarde, cuando se discutía el Proyecto de Código Penal que concluyó con la expedición del Decreto 100 de 1980, en el Proyecto de 1976, el comportamiento comentado fue incluido como una *infracción contra el régimen fiscal*, dentro de los *delitos contra el orden económico social*, pero ya no se habló de aprovechamiento ilícito de subsidios, sino de obtener un *provecho o utilidad de origen oficial*, por conducto de la mentirosa exportación.

En la Comisión Redactora de 1978 se propuso esta disposición en el capítulo tercero, que recogió los delitos contra el régimen fiscal y otras infracciones, en su artículo 352 como *exportación ficticia*, manteniendo la redacción comentada en precedencia.

Más tarde, la Comisión de 1979 decidió eliminar el capítulo de los “Delitos contra el régimen fiscal”, pero mantuvo la exportación ficticia como un delito contra el orden económico social. El doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ propuso modificar la redacción final, cambiando la expresión “o utilidad de origen oficial”, por “ilícito”, con la que se cambió ostensiblemente el propósito inicial⁷.

Finalmente, en el artículo 240 del Estatuto Represor de 1980 la norma se redactó en los siguientes términos:

El que con el fin de obtener un provecho ilícito simule exportación, total o parcialmente, incurrirá en prisión de uno a ocho años y multa de cincuenta mil a cuatro millones de pesos.

Atendiendo a la crítica de la doctrina, esta descripción fue modificada en el Código Penal del año 2000 (Ley 599), para dar cabida a la *importación ficticia* y regresar a la precisión de que el provecho ilícito que se obtenga con la simulación de la operación ha de ser *de origen oficial*⁸.

De esta forma, en el artículo 310 del Estatuto en vigencia se encuentra la siguiente disposición:

Exportación o importación ficticia. El que con el fin de obtener un provecho de origen oficial simule exportación o importación, total o parcialmente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Criminología, vol. XIII, n.º 43, enero/abril de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 106.

7 GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS y GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO, en *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Parte Especial*, vol. III, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1986, p. 509.

8 Sobre el tema puede consultarse el libro de nuestra autoría *Delitos económicos en la actividad financiera*, 6ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 287-289.

De otra parte, debe consultarse también como antecedente de la nueva figura de *fraude a subvenciones* el punible de *utilización indebida de crédito oficialmente regulado*. En efecto, en el Proyecto de Código Penal discutido en 1976 se incluyó, en el artículo 327, como delictivo el comportamiento de valerse de información falsa o de cualquier otra clase de artificio o engaño para obtener, en establecimiento público o privado, crédito oficialmente regulado para fines industriales o agropecuarios. Si el valor del crédito se invertía en la finalidad oficialmente establecida, la pena era mucho menor. En el inciso tercero se amenazaba con pena de prisión hasta de tres años a quien, sin emplear las maniobras ilícitas, obtuviera el crédito público o privado y le diere la aplicación a que estaba obligado.

En el Proyecto de 1978, en el título que se denominó “Delitos contra el régimen fiscal y otras infracciones”, en el artículo 353 se reprodujo la figura en similares términos a los del proyecto comentado en líneas anteriores.

En la Comisión de 1979, como ya se anotó, se eliminó el capítulo de los “Delitos contra el régimen fiscal”, pero el comportamiento se mantuvo en los ilícitos *contra el orden económico social*. En esa oportunidad el doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ aclaró que el tipo penal no debía referirse a la obtención fraudulenta del crédito, sino a la aplicación indebida del mismo⁹. Por ello, la norma fue redactada en los siguientes términos:

El que obtenga en establecimiento público o privado, crédito oficialmente regulado y no le diere la aplicación a que estaba obligado, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y multa de cinco mil a un millón de pesos.

Más tarde, la Comisión Revisora modificó parcialmente la norma y limitó a las actividades agropecuarias e industriales los créditos cuya desviación se debía sancionar. De esta forma, en el Código Penal de 1980 la norma tiene la siguiente redacción:

Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. El que con destino a actividad industrial o agropecuaria obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en arresto de seis meses a tres años y multa de cinco mil a un millón de pesos.

Curiosamente, a los pocos días de dictado el Código Penal, el Gobierno profirió el Decreto 172 de 1980, en el que se incluía el término *finalmente*, con lo que llegó a interpretarse que el beneficiario podía hacer mal uso del crédito por varios años y *finalmente* aplicarlo al fin para el que le fue otorgado.

Tal consideración fue duramente criticada por la doctrina, al igual que el limitar los créditos objetos de la norma a los destinados para actividades agropecuarias o indus-

9 GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS y GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO. *Op. cit.*, vol. II, p. 411.

triales¹⁰. Lo anterior condujo a que el legislador del año 2000 modificara estos aspectos. Con las variaciones propuestas, este comportamiento está sancionado en el artículo 311 de la Ley 599 en los siguientes términos:

Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. El que con destino a actividades fomentadas por el Estado obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

B. Antecedentes internacionales

La redacción utilizada en el tipo penal de *fraude a subvenciones* permite deducir sin mayor esfuerzo que se siguieron de cerca las prescripciones legales que se encuentran en legislaciones como la española, la alemana y la italiana. Por ello, a continuación efectuamos un somero comentario sobre ellas.

Alemania fue pionera en la creación de una figura que castigara en forma expresa el fraude a subvenciones, ubicándola como una modalidad de estafa¹¹. Así, con base en el estudio adelantado por el profesor TIEDEMANN en 1970, en la primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1976 el Código Penal alemán incorporó en su artículo 264 la *estafa de subvención*¹² que sanciona a quien suministre datos inco-

10 HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A. “Los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XIII, n.º 44, mayo/agosto de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 82.

11 ASÚA, ADELA. “Incrimination penal del fraude a subvenciones. Opciones legislativas: modelo alemán, modelo español y la propuesta del corpus iuris”, en VV. AA. *Estudios de derecho penal económico*, Santiago Mir Puig, MODELELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS, GALLEGRO SOLER, JOSÉ-IGNACIO y BELLO RENGIFO, CARLOS SIMÓN (coordinadores), Caracas, Livrosca, 2002, p. 304.

12 “§ 264. Estafa de subvención. Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa será castigado quien: 1. Suministre para sí o para un tercero datos incorrectos o incompletos sobre hechos relevantes de la subvención, que sean ventajosos para sí o para otro, a una autoridad competente para la aprobación de una subvención o a otra dependencia o persona (otorgante de la subvención) competente para la concesión de la subvención. 2. Deje al otorgante, en desconocimiento de hechos relevantes sobre las subvenciones, en contra de las disposiciones legales sobre la adjudicación de subvenciones. 3. Utilice en un proceso de subvenciones un certificado sobre un derecho a la subvención o sobre hechos relevantes de la subvención conseguida por medio de datos incorrectos o incompletos. (2) En casos especialmente graves el castigo será pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años. Por regla general se presenta un caso especialmente grave cuando el autor 1. Por beneficio propio o bajo la utilización de recibos imitados o falsificados obtiene para sí o para otro una subvención antijurídica de grandes proporciones. 2. Abuse de sus funciones o de su posición como titular de cargo, o 3. Aproveche la colaboración de un titular de cargo, quien abusa de sus funciones o de su posición. (3) el § 263, párrafo 5 rige en lo correspondiente. (4) Quien actúe con negligencia en los casos del párrafo 1, numerales 1 y 2, serán castigados con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa. (5) De acuerdo con los párrafos 1 y 4 no será castigado quien, voluntariamente, impida que con base en el hecho se otorgue la subvención. Si la subvención no se otorga sin la intervención del autor, entonces no será castigado

rectos o incompletos sobre hechos relevantes de la subvención o deje al otorgante en desconocimiento de hechos relevantes de la misma. La norma permite la modalidad culposa al amenazar pena para quien desarrolle estos comportamientos por negligencia.

El Código Penal italiano ubica el fraude a subvenciones como una forma de estafa agravada. Así, en el artículo 640 bis, titulado “Estafa agravada por la obtención de erogaciones públicas”, sanciona con pena de reclusión de uno a seis años la obtención ilícita de cualquier ayuda concedida por el Estado y la extiende a los apoyos otorgados por la Comunidad Europea^{13,14}.

Por su parte, España, en su proyecto de Código de 1980, incluyó el fraude a subvenciones en el artículo 371 como un delito *socioeconómico*. Luego, la Ley Orgánica de 2/1985, manteniendo la redacción del proyecto introdujo al Código Penal este comportamiento en su artículo 350 como un delito contra la Hacienda Pública¹⁵. Finalmente, en el artículo 308 de la Ley Orgánica 10 de 1995 (Código Penal español)¹⁶, encontramos

si se esfuerza voluntariamente y seriamente por impedir el otorgamiento de la subvención. (6) Junto con una pena privativa de la libertad de por lo menos un año, a causa de un hecho antijurídico según los párrafos 1 a 3, el tribunal puede denegar la capacidad de ocupar cargos públicos y la capacidad de obtener derechos por elecciones públicas (§ 45, párrafo 2). Los objetos que se refieran al hecho pueden ser confiscados; se debe aplicar el § 74^a. (7) Subvención, en el sentido de esta disposición, es una prestación de medios públicos, según el derecho federal o de los Estados, o del derecho de las comunidades europeas, a empresas o industrias que por lo menos parcialmente 1. se le otorgue sin contraprestación comercial, y 2. deba servir para el fomento de la economía. Establecimiento o empresa en sentido de la frase 1 es también la empresa pública. (8) Relevantes para la subvención, en el sentido del párrafo 1, son los hechos 1. que por medio de ley, o con base en una ley, se hayan señalado como relevantes para la subvención, por el otorgante de la subvención o 2. de los cuales depende legalmente la autorización, el otorgamiento, la reclamación, el otorgamiento posterior o la prórroga de una subvención, o de una ventaja de subvención”.

13 ASÚA, ADELA. *Op. cit.*, p. 305.

14 SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Madrid, Colex, 1997, p. 331.

15 *Ibidem*, p. 187.

16 “Art. 308. 1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe. 2. Las mismas penas se impondrán al que en desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas cuyo importe supere los diez millones de pesetas incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida. 3. Además de las penas señaladas, se impondrán al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años. 4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no hubieren producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la

la figura en estudio como un punible contra la Hacienda Pública que sanciona a quien obtenga el apoyo del Estado falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que lo hubieren impedido. Asimismo, amenaza pena para quien, después de obtener el beneficio, altere sustancialmente los fines para los que le fue concedida la subvención. De otra parte, en el artículo 309, la figura se extiende a los fondos de las comunidades u otros administrados por estas¹⁷.

C. El Estatuto Anticorrupción y la nueva figura penal del fraude a subvenciones

Ante el evidente avance de la corrupción en el país y el deterioro de la ética en la sociedad, el Gobierno impulsó en el Congreso un nuevo Estatuto Anticorrupción en el que, entre otras estrategias para enfrentar este fenómeno, se crearon y modificaron normas de contenido penal; en especial, se incluyeron figuras para castigar la corrupción privada, se tipificaron comportamientos que no encajaban en las normas existentes, se elevaron las penas para delitos que afectan la administración pública, se eliminaron algunos beneficios para sus autores y se aumentó el término de prescripción para estos ilícitos.

Entre los comportamientos que aparentemente no encuadraban totalmente en las figuras tradicionales del Código Penal se detectó el obtener indebidamente subvenciones del Estado, comportamiento que apareció de nuevo en el panorama nacional con la aprobación de los subsidios conocidos como de Agro Ingreso Seguro (AIS)¹⁸, de los que fueron beneficiarios familias adineradas del país, los cuales no reunían cabalmente los requisitos para tal beneficio. Esta situación condujo a que, previa aceptación de los cargos, los responsables fueran condenados por delitos de peculado y falsedad en documento, cuando en verdad se trata de un típico fraude a subvenciones.

Administración autonómica o local de que se que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

- 17 “Art. 309. El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por estas, en cuantía superior a cincuenta mil ecus, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieren impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”.
- 18 En razón a la firma del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, el Gobierno impulsó la Ley 1133 de 2007, conocida como Agro Ingreso Seguro (AIS), cuyo objeto era proteger los ingresos de productores agropecuarios que lo requerían y se veían afectados ante las distorsiones de los mercados externos; contribuir en el ordenamiento productivo del territorio y mejorar la competitividad y los niveles de productividad y empresarización de todo el sector agropecuario nacional, preparando su aparato productivo ante los nuevos retos que implica la inserción a los mercados internacionales y disminuyendo los niveles de desigualdad y pobreza en el campo. Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-373 de 2009, con ponencia del doctor HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

En la exposición de motivos del proyecto que radicó el ministro del Interior y de Justicia el 7 de septiembre del año 2010, se afirma que es necesario crear nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales, con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia.

Más adelante se agrega:

Se crea un nuevo tipo penal que se denomina fraude de subvenciones, con lo cual se adiciona la Ley 599 de 2000, y en él incurrirán quienes obtengan subvención o ayuda pública falseando las condiciones exigidas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o no invirtiendo los recursos obtenidos en la finalidad a la que están destinados¹⁹.

El tipo propuesto fue del siguiente tenor:

Art. 32. Fraude a subvenciones. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 424 A, el cual quedará así:

El que obtenga una subvención o ayuda de una entidad pública consignando una falsedad sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados²⁰.

En la ponencia para primer debate del proyecto en el Senado se utilizaron los mismos argumentos expuestos inicialmente por el Gobierno, y en la descripción del tipo penal solo se cambia la expresión *inhabilitación*, por *inhabilidad*, al referirse a la pena accesoria por el punible²¹.

En el segundo debate del proyecto en el Senado de la República se repiten, sin cambiar ni una coma, los argumentos que utilizó el Gobierno en la exposición de motivos. En cuanto a la descripción típica se agrega el término *subsidio* como nueva forma de

19 *Gaceta del Congreso*, año XIX, n.º 607, de 7 de septiembre de 2010, p. 18.

20 *Ibidem*, p. 5.

21 *Gaceta del Congreso*, año XIX, n.º 784, 19 de octubre de 2010, p. 17.

apoyo del Estado que se obtiene indebidamente y se aclara que los beneficios deben provenir de “recursos públicos”, en lugar de “entidad pública”, como lo concebía el proyecto original.

Asimismo, en el segundo inciso de la norma se incluye también el término *subsidio*, pero se mantiene el criterio que los apoyos provengan de “entidad pública”. De otra parte, se agrega a la desviación de los recursos, sanción penal para el que “contrario a la ley comercialice, use o enajene lo recibido” como subvención, subsidio o ayuda.

En el tercer debate del proyecto (primero de Cámara) no se encuentra ninguna discusión en torno a la figura del fraude a subvenciones. En el artículo 36 del proyecto se advierte que la Ley 599 de 2000 tendrá un nuevo artículo, el 403 A (antes 424 A), en el cual se conserva la redacción utilizada por el Senado de la República, con la observación de que se cambió el criterio “consignando una falsedad”, como medio fraudulento para obtener la subvención, subsidio o ayuda, por el de “*consignando un engaño* sobre las condiciones requeridas para su concesión”. Se mantiene el concepto de que se pueda obtener el beneficio “callando total o parcialmente la verdad”. Asimismo, se eliminó la última precisión del inciso 2.º de la norma, esto es, la sanción que se imponía a quienes, en forma contraria a la ley, comercialicen, usen o enajenen lo recibido como subvención, subsidio o ayuda.

En la ponencia para el cuarto debate del proyecto (segundo de Cámara) se propone como artículo 31 el nuevo artículo 403 A, de la Ley 599 de 2000, manteniendo la redacción original, con la única modificación de cambiar la expresión *consignando un engaño*, por la de *mediante engaño*²². El 12 de mayo de 2011, se aprueba por la plenaria de la Cámara de Representantes la fórmula propuesta, la cual queda consignada en el artículo 30 del Proyecto de Ley²³.

En la Comisión designada para la conciliación del Proyecto del Estatuto Anticorrupción ninguna variación sufrió la redacción del punible de fraude a subvenciones (Informe de Conciliación Cámara de Representantes del 25 de mayo de 2011²⁴ y Acta de Plenaria del Senado n.º 58 de 1 de junio de 2011).

De esta forma, el 12 de julio de 2011 se promulgó la Ley 1474, que en el artículo 26 consagró en los siguientes términos el delito de fraude a subvenciones:

El que obtenga una subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cinco (5) a

22 *Gaceta del Congreso*, año XX, n.º 128, 30 de marzo de 2011.

23 *Gaceta del Congreso*, año XX, n.º 258, 12 de mayo de 2011, p. 7.

24 *Gaceta del Congreso*, año XX, n.º 312, 25 de mayo de 2011, p. 6.

nueve (9) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

Las mismas penas se impondrán al que no invierta los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE FRAUDE A SUBVENCIONES

A. Sujetos

1. Sujeto activo

De acuerdo con la redacción, se trata de un tipo penal de sujeto activo monosubjetivo. Empero, si bien la conducta puede ser desarrollada por un solo individuo, es preciso señalar que tradicionalmente las subvenciones son solicitadas por empresas dedicadas a la actividad que el Estado quiere impulsar, por ejemplo las exportaciones, la producción agropecuaria o industrial, o la producción de conocimiento científico. Lo anterior plantea la primera dificultad en Colombia ante la carencia de sanción en el Estatuto Penal para las personas jurídicas. Justamente con el propósito de alcanzar el actuar inadecuado de estos entes ficticios, los Estados han venido consagrando la posibilidad de que sean sujetos pasivos del derecho penal. Con todo, somos del criterio de que, cuando se utilice para el delito una persona moral, bien puede hacerse uso aquí de la figura que sanciona como autores a quienes “actúan como miembros u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo”²⁵.

De otra parte, se ha discutido por la doctrina si se trata de un tipo penal común o especial. En cuanto al primer inciso de la norma, se parte de la idea que quien obtiene la subvención es quien la solicita, por lo que se requiere que se den estas dos condiciones²⁶. Con este argumento algunos doctrinantes piensan que estamos frente a un tipo penal especial²⁷, criterio que es rechazado, a nuestro juicio con razón, por autores que precisan que la relación de quien obtiene la subvención con la Administración que la concede no constituye el presupuesto de la misma, sino el objeto de protección²⁸.

25 Código Penal, art. 29, inciso 3.º.

26 SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *Op. cit.*, p. 241.

27 GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN. “Fraude a subvenciones”, en vv. AA. *Diccionario de derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2008 p. 497.

28 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, Praxis, 1994, p. 497.

En cuanto a la desviación de la finalidad para la cual fue concedida la subvención, el auxilio o el apoyo, es claro que demanda una cualificación del sujeto activo, esto es, que quien cambia el destino del beneficio sea el mismo sujeto a quien se le concedió. De esta forma, estaríamos frente a un tipo penal especial^{29,30}.

2. Pasivo

En la medida que el tipo penal exige que los recursos que se obtienen indebidamente o a los que se accede legítimamente pero luego se desvían de su prístina finalidad sean de carácter público, es fácil concluir que el sujeto pasivo será el Estado. La anterior conclusión se refuerza con la ubicación que el legislador le dio a esta figura como un punible contra la Administración Pública. Como demostraremos más adelante, creemos que lo correcto hubiese sido tipificar este comportamiento como un delito contra el orden económico social, situación que en nada cambiaría el reconocimiento del Estado como sujeto pasivo de la infracción. Ahora bien, la subvención, ayuda o subsidio puede ser concedido por el Gobierno Central (ministerios, institutos descentralizados, fondos, etc.) o por administraciones departamentales, municipales o distritos especiales, sin interesar que los mismos sean entregados a través de entidades particulares.

B. Conducta

En la primera parte de la norma la conducta se relaciona con la obtención de la subvención, ayuda o subsidio, provenientes de recursos públicos, mediante engaño o callando total o parcialmente la verdad. De esta forma, estamos frente a un comportamiento activo que implica adelantar una serie de comportamientos que induzcan en error a la administración para conceder el beneficio. Por ejemplo, presentar documentos falsos sobre la propiedad de unos cultivos por los que se reclama el subsidio. Asimismo, puede actualizarse la conducta cuando se calla total o parcialmente la verdad; por ejemplo, quien omite informar que los cultivos por los que reclama el beneficio no son de su propiedad sino en administración; o cuando quien obtiene el subsidio para vivienda se abstiene de comentar que posee vivienda propia, cuando la reglamentación es clara en exigir al solicitante carecer de este tipo de propiedad.

De esta forma, el tipo penal señala un modo para obtener la subvención, auxilio o ayuda: *el engaño* o *la omisión de información*. En cuanto al primero, se ha definido por la doctrina más autorizada como “una invención mentirosa eficaz, sin un acompañamiento externo tendiente a crear el error, es decir es un engaño basado en una inveracidad determinante en una situación concreta [...]”³¹. En cuanto a la segunda, se concreta

29 *Ibidem*, p. 137.

30 GÓMEZ RIVERO, M^a DEL CARMEN. *Op. cit.*, p. 501.

31 CORREDOR PARDO, MANUEL. “El delito de estafa”, en VV. AA. *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

en callar total o parcialmente la verdad sobre las condiciones para ser beneficiario del apoyo oficial. En las dos modalidades se requiere que el medio empleado sea idóneo para inducir en error a los funcionarios encargados de autorizar el incentivo al que no se tiene derecho de acuerdo con las condiciones exigidas para el mismo.

En la segunda parte de la norma la conducta se concreta cuando la persona no invierte los recursos de la subvención, ayuda o auxilio en la finalidad a la cual estaban destinados. Nótese cómo aquí ya no se habla de recursos públicos, sino de recursos de entidad pública. Ninguna lógica tiene esta distinción y la única explicación posible es que en el Congreso se cambió la primera parte de la norma, en cuanto al origen de los recursos, pero no se tuvo la diligencia de hacerlo también respecto del inciso segundo.

El verbo rector para la primera parte de la norma será el *obtener* la subvención, ayuda o auxilio, lo que implica que estamos frente a un tipo penal de resultado pues se exige que la persona haya obtenido o logrado *efectivamente* su cometido. Será entonces posible la tentativa cuando el ciudadano realice los comportamientos reseñados en la norma, esto es, cuando presente información mentirosa o calle total o parcialmente la verdad con el propósito de alcanzar el beneficio y el mismo no ingrese a su patrimonio por motivos ajenos a su voluntad; por ejemplo, cuando una oportuna auditoría detecta la irregularidad o el mismo ciudadano, consciente del engaño a la administración, decida no reclamar el beneficio.

Ante la gravedad del comportamiento reseñado en la norma y el perjuicio que genera en la economía del país, creemos que debió consagrarse este comportamiento como un tipo penal de peligro como aparece en la legislación alemana (art. 264), concretándose el punible con la sola presentación de información falsa o inexacta. De esta forma se obraría también en consonancia con la redacción utilizada en el delito de *exportación ficticia* del artículo 310 de nuestro Código Penal que exige únicamente la simulación total o parcial de la exportación o la importación para ser acreedor a la sanción penal.

En la segunda parte de la norma el verbo rector estaría representado en el término *invertir* en fines diferentes para los que se otorgó la subvención, ayuda o subsidio. Debe aclararse que se invierte cuando se gasta o se emplea en algo el recurso, lo que implica que la persona tenga un comportamiento positivo encauzado a darle una aplicación diferente a los recursos obtenidos para una determinada actividad; por ejemplo, se le aprueba para reforestar una determinada zona de riesgo y decide comprar con ese dinero un ganado. No obstante, también puede entenderse que se agota el comportamiento delictual cuando sencillamente no se utilizan los recursos para el fin determinado en el acto administrativo que los concede, como quien los guarda en su caja fuerte o los deposita en un banco. Lo anterior, en razón a que se desconoce el interés del Estado de fortalecer, beneficiar o estimular un renglón económico en un momento determinado. Esta consideración refuerza nuestro criterio de que estamos frente a un punible contra el orden económico social.

Debe aclararse que la utilización parcial de los recursos para otros menesteres de los autorizados también configura el delito analizado, pues el legislador no hizo ninguna consideración, como sí se advierte en el Código Penal español cuando en el artículo 308 del Código Penal precisa que se debe alterar *sustancialmente* los fines para los que la subvención fue otorgada.

Similar comentario debe efectuarse respecto del valor de la subvención, auxilio o ayuda, toda vez que el legislador colombiano no condicionó la concreción del ilícito a que alcance una determinada cuantía, circunstancia que sí tuvo en cuenta el Código Penal español al establecer que el beneficio debía exceder de diez millones de pesetas (desde el año 2003, 80.000 euros). Compartimos la observación del profesor JASON ALEXÁNDER ANDRADE CASTRO, cuando reclama que, en ejercicio del principio de proporcionalidad, hubiera sido plausible diferenciar el *quantum* de la punición atendiendo al monto de la subvención, ayuda o auxilio³².

Es de advertir que estamos frente a un tipo penal en blanco pues para su concreción debemos acudir a la ley, decreto, resolución, acto administrativo o directiva que crea o reglamenta la subvención, ayuda o auxilio, con el fin de conocer sus fines, propósitos, requisitos, condiciones, alcances y restricciones.

En cuanto al tipo subjetivo debemos señalar que, en la forma como se redactó el artículo 403 A, solo es posible su comisión de forma dolosa, descartándose cualquier posibilidad de aplicación como un comportamiento imprudente. Al punto se recuerda que en Alemania se ha considerado la incriminación de la imprudencia grave en la presentación de datos incorrectos o en la omisión de la información debida, como una “pieza clave”, en la lucha contra el fraude a subvenciones³³, argumento que bien vale la pena tener en cuenta en nuestro ordenamiento penal.

De otra parte, si se acepta la idea de que quienes acceden a las subvenciones son personas con buena formación o experiencia en administración y conocedores de las normas que se aplican, no puede descartarse que las ayudas y auxilios son concedidos en ocasiones a personas de escasa instrucción que por desconocimiento, ignorancia o mal asesoramiento pueden reclamar apoyos a los que no tienen derecho o no invertir adecuadamente el auxilio o ayuda, evento en el cual sería posible aplicarles una causal de ausencia de responsabilidad por error de tipo o sobre la antijuridicidad de la conducta (Código Penal, art. 32, numerales 10 y 11).

32 ANDRADE CASTRO, JASON ALEXÁNDER. “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción”, en *XXXIV Jornadas de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 36.

33 ASÚA, ADELA. “Incrimination penal del fraude a subvenciones. Opciones legislativas: modelo alemán, modelo español y la propuesta del corpus iuris”, en VV. AA. *Estudios de derecho penal económico*, Santiago Mir Puig, MODELELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS, GALLEGRO SOLER, JOSÉ-IGNACIO y BELLO RENGIFO, CARLOS SIMÓN (coordinadores), Caracas, Livrosca, 2002, p. 322.

1. *Ingredientes normativos*

El tipo penal de *fraude a subvenciones* contiene varios ingredientes normativos que obligan al funcionario judicial a interpretarlos con el fin concretar el alcance de la conducta en estudio. Así, la norma utiliza términos como *subvención, ayuda, subsidio, recursos públicos y entidad pública* que ameritan algunas precisiones.

a. Subvención

En la legislación colombiana no se encuentra una definición de lo que ha de entenderse por *subvención* para efectos penales, como sí aparece de manera clara en el Estatuto Penal de Alemania, donde se concreta en el §264 que “es una prestación de medios públicos, según el derecho federal o de los Estados, o el derecho de las comunidades europeas, a empresas o industrias que por lo menos parcialmente: 1. se le otorgue sin contraprestación comercial, y 2. deba servir para el fomento de la economía”³⁴.

Partiendo de esta definición legal y del aporte de los doctrinantes, bien se puede afirmar, con MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO, que el concepto de *subvención* para fines penales debe entenderse como una atribución patrimonial, en dinero o en especie, que beneficie económicamente al adjudicatario sin que tenga carácter devolutivo, y que haya sido concedido por la Administración Pública^{35, 36}.

Los elementos de la subvención han sido resumidos con claridad por la profesora VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ, quien los identifica como subjetivos y objetivos. De los primeros forman parte el sujeto otorgante que debe ser el sector público; el sujeto beneficiario que resulta ser una particular, bien como persona natural o jurídica. En cuanto a los objetivos, los integran: la atribución patrimonial; el carácter no devolutivo y la finalidad a la que la subvención se dirige³⁷.

En estas condiciones, en Colombia un claro ejemplo de subvención es la establecida en el parágrafo 1.º de la Ley 1133 de 2007, que creó el programa Agro Ingreso Seguro (AIS), donde se precisa que

34 Este criterio se robustece con la “Ley contra la utilización abusiva de subvenciones”, que entró en vigencia en Alemania en 1976, donde se precisan determinadas “reglas y criterios, dirigidos tanto a la Administración Pública, en relación con las características de la convocatorias, la concesión y el mantenimiento de las ayudas públicas, como a los particulares, respecto a sus obligaciones de información a la Administración” (ASÚA, ADELA. *Op. cit.*, p. 325).

35 GÓMEZ RIVERO, M^A DEL CARMEN. *Op. cit.*, p. 499.

36 OEHLER, DIETRICH. “El fraude en las subvenciones”, en vv. AA. *Los delitos socioeconómicos*. BARBERO SANTOS, MARINO (edit.), Madrid, 1985.

37 SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *Op. cit.*, pp. 101-108.

para todos los efectos, se debe entender que los apoyos económicos directos o incentivos son una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación económica alguna a cambio, por parte del particular, siendo potestad del Gobierno Nacional, seleccionar de una manera objetiva, el sector que se beneficiará con el apoyo económico directo o incentivo y el valor de los mismos, así como determinar dentro de estos, los requisitos y condiciones que debe cumplir quien aspire a convertirse en beneficiario.

De esta forma, se excluye de este concepto de subvención el crédito que se otorga en condiciones favorables por el Estado o entidades particulares con el fin de incentivar ciertos renglones de la economía, pues, a pesar de las condiciones blandas en que se otorga, no es a fondo perdido y debe finalmente cancelarse.

De otra parte, cuando se analiza con atención el certificado de reembolso tributario (CERT) como un mecanismo de devolución de los impuestos generados en desarrollo del proceso productivo, para fomentar la industria, y “[...] de esta manera preservar su competitividad”³⁸, debemos concluir que esta *desgravación* tiene las mismas características de la subvención, circunstancia que generará un concurso aparente de tipos penales entre la exportación ficticia e importación ficticia y el fraude a subvenciones, cuando se investigue la solicitud ilícita de CERT. Desde luego, se advierte que en el artículo 310 basta la simulación, con lo que estamos frente a un tipo penal de peligro, mientras que en el 340 A se requiere efectivamente obtener la subvención, auxilio o ayuda, es decir, se trata de un tipo penal de resultado.

b. Ayuda

Este término, como lo ha precisado la doctrina, es el más general de todos los utilizados en el tipo penal y actuaría a modo de recogida de los demás, facilitando así la ampliación de las posibilidades de punición³⁹. Su inclusión en el tipo penal es importante pues el criterio de subvención apunta fundamentalmente al apoyo de fábricas y empresas, con lo que se identifica que los destinatarios de la ayuda son individuos necesitados de apoyo, tales como los desempleados, los ahorradores víctimas de defraudaciones, los damnificados del invierno o los necesitados de alimentos, es decir que los recursos que se destinen para estas ayudas no buscan incentivar el desarrollo de una actividad económica, sino paliar dificultades coyunturales. Desde luego, estas ayudas constituyen una ventaja económica para el beneficiario, quien no está obligado a pagarlas en el futuro.

38 JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO. *El delito de exportación ficticia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 1998, pp. 85-86.

39 SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *Op. cit.*, p. 222; GÓMEZ RIVERO. *Op. cit.*, p. 500.

c. Subsidio

Como puede advertirse del recorrido histórico de la norma que efectuamos en párrafos anteriores, en el proyecto presentado por el Gobierno para crear el delito de fraude a subvenciones no aparecía el concepto de subsidio y el mismo fue introducido, sin mayor debate, por la subcomisión creada por la Comisión Primera del Senado, el 17 de noviembre de 2010, para recoger las inquietudes de los senadores que participaron en la discusión del primer debate de la propuesta. Empero, es preciso señalar que en Colombia este término es de corriente uso en materias de contenido social, tales como el que se concede a quienes son beneficiarios de vivienda de interés social.

Con la utilización de los términos ayuda y subsidio, se evita en Colombia la dilatada discusión que en España se ha suscitado para determinar si las prestaciones de seguridad social pueden ser consideradas como subvenciones. De esta forma, como lo sostiene acertadamente entre nosotros JASON ALEXÁNDER ANDRADE, “el concepto de subvención opera como género dentro del cual se identifican varias especies”⁴⁰.

d. Recursos públicos

Sin lugar a dudas, el término *recursos públicos* no es el más adecuado para facilitar la comprensión de la conducta que se quiere sancionar, pues si se revisa el Diccionario de la Real Academia se interpreta que se trata de “bienes, medios de subsistencia”. Estimamos que resulta más afortunado el concepto de *fondos o bienes públicos*, terminología utilizada en la Constitución Política de Colombia (arts. 267 y 268) para referirse a estos *recursos*.

El Gobierno al presentar el Proyecto del Estatuto Anticorrupción se refirió a “el que obtenga un subvención o ayuda de *una entidad pública*”, criterio que el Congreso cambió por el de “proveniente de *recursos públicos*”. La única justificación para esta modificación podemos encontrarla en la idea de que los recursos pueden ser entregados por una entidad particular, por ejemplo un banco que administre a nombre del Gobierno los recursos de la subvención. Con todo, se repite, en la segunda parte de la norma, al describir la desviación de los recursos, se mantuvo el concepto de “[...] recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de *una entidad pública*”.

En resumen, para efectos de la norma en estudio, debe entenderse como recurso público todo apoyo en dinero o en especie que provenga del Gobierno Central (ministerios, institutos descentralizados, fondos, etc.), así como de administraciones departamentales, municipales o distritos especiales.

40 ANDRADE CASTRO, JASON ALEXÁNDER. *Op. cit.*, p. 41.

e. Entidad pública

Conforme a lo expuesto por el profesor LIBARDO RODRÍGUEZ R.⁴¹:

Con fundamento en varios textos legales, como los decretos-leyes 1222 de 1986, 1333 de 1986 y las leyes 128 y 136 de 1994 y 489 de 1998, así como la Constitución Política de 1991, puede decirse que en el régimen jurídico colombiano las personas jurídicas públicas o entidades públicas, son aquellos organismos de origen estatal, cuyo capital o patrimonio también es estatal o público, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que por regla general se encuentran sometidos al derecho público, salvo excepciones legales⁴².

C. Objeto jurídico

Si se ha sostenido con razón por la doctrina que el bien jurídico tutelado en el Título xv del Código Penal colombiano (Delitos contra la administración pública) es el ejercicio de la función pública dentro de los parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad⁴³, debemos concluir que la ubicación del punible de fraude a subvenciones dentro de este título indica que el legislador quiere proteger la transparencia en la asignación y utilización de los recursos que el Estado le entrega a fondo perdido en razón a la realización de algunas actividades económicas de su interés. Empero, un detenido análisis del propósito comentado nos conduce a sostener, sin ambages, que esta figura debió ubicarse en el Título x del Estatuto de Penas, donde se sancionan las conductas que atentan contra el orden económico social del país.

En efecto, es claro que las subvenciones se otorgan por el Estado con el fin de incentivar algunos reglones de la economía en los que está interesado, como la exportación e importación de bienes y servicios, el impulso de la actividad agropecuaria e

41 RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho administrativo*, 12ª ed., Bogotá, Temis, 2000, p. 40.

42 Se reconoce entonces como entidades públicas en Colombia a las siguientes: la Nación o el Estado (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y organismos nacionales sin personería jurídica propia), los departamentos, los municipios, los distritos, las asociaciones de municipios, las áreas metropolitanas, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o de las otras entidades territoriales, las superintendencias con personería jurídica, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta, el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión, las instituciones financieras nacionalizadas, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. (Cfr. RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Op. cit.*, p. 41).

43 GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2004, p. 29.

industrial, la promoción de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal⁴⁴, entre otros. Este propósito se cumple en ejercicio de la intervención del Estado en la economía, consagrada en el artículo 334 de la Constitución Política, con la cual se ponen límites a la libertad de empresa y la iniciativa privada, también instituida en nuestra Carta Política en el artículo 333⁴⁵.

De esta forma, es claro que en el tipo penal de fraude a subvenciones el propósito fundamental es sancionar a quienes, al falsear la verdad, obtienen recursos del Estado que están dirigidos a personas que los invertirán en fomentar proyectos de interés económico del propio Estado o que los requieren para atender situaciones coyunturales, al igual que castigar a quienes desvían los apoyos que originariamente están destinados a propósitos específicos y que con esa conducta privan a otros de dichos apoyos. En resumen, como lo ha sostenido la doctrina, lo importante en esta figura no es la merma económica –consustancial a la ayuda pública–, sino la frustración de aquellos fines u objetivos. El objeto de tutela reside en el interés general del cumplimiento del plan, proyecto o fin establecido en el programa correspondiente instaurador de ayudas públicas^{46,47}.

D. Objeto material

Si se entiende con la doctrina más autorizada que el objeto material es “aquello en lo que se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal y al cual se refiere la acción u omisión del agente”⁴⁸, debemos concluir que en el fraude a subvenciones este objeto material está constituido por la subvención, ayuda o subsidio que proviene de recursos públicos y que se obtiene indebidamente o se utiliza para fines diferentes de los que fueron concedidos.

44 Con la Ley 139 de 1994 se creó el certificado de incentivo forestal (CIF), “como un reconocimiento del Estado a las externalidades positivas de la reforestación en tanto los beneficios ambientales y sociales generados son apropiables por el conjunto de la población. Su fin es el de promover la realización de inversiones directas en nuevas plantaciones forestales de carácter protector-productor en terrenos de aptitud forestal”. (*Diario Oficial* n.º 41401 de 22 de junio de 1994, p. 1).

45 Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-083 de 1999, C-860 de 2006 y C-228 de 2010, entre otras.

46 ASÚA, ADELA. *Op. cit.*, pp. 329-330.

47 SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *Op. cit.*, p. 214.

48 REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *La tipicidad*, 5ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 108.

E. Concursos

1. Con los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado

Partimos de la idea de que por la forma como fueron redactados y el propósito que persiguen los delitos de *exportación ficticia* y de *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado* concursan, en forma aparente, con el *fraude a subvenciones*, situación que debe resolverse aplicando el criterio de la consunción, toda vez que estos dos tipos penales tienen una mayor riqueza descriptiva frente al *fraude a subvenciones*. De esta forma, si un floricultor obtiene el certificado de reembolso tributario (CERT) a través de pruebas falsas de haber realizado una exportación, debe ser sancionado por el punible de *exportación ficticia* y no por el de *fraude a subvenciones*, en la medida en que lo que busca el supuesto exportador es una desgravación o devolución de impuestos pagados por la producción y exportación de un producto, y no una subvención, auxilio o ayuda. Asimismo, cuando un ciudadano obtiene un *crédito* para realizar la siembra de palma y lo desvía a otras actividades, la sanción penal ha de ser por la *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado* y no por el *fraude a subvenciones*, pues este tipo penal solo se aplica cuando se trata de recursos a fondo perdido, esto es, aquellos que no deben cancelarse al Estado, como sí sucede con los créditos. Se advierte una gran inquietud frente al interés que debe cancelar el beneficiario del crédito cuando el mismo es a una tasa preferencial con recursos del Estado, evento en el cual podríamos estar frente a un subsidio que, cuando no se utiliza para el fin que fue concedido, constituiría un fraude a subvenciones en los términos del inciso segundo del artículo 304 A del Código Penal.

2. Con el delito de estafa

En la misma situación comentada en el acápite anterior nos encontramos frente al delito de estafa en el artículo 246, donde la aplicación del punible de fraude a subvenciones lo desplaza, pues a pesar de que en los dos ilícitos se sanciona el obtener fraudulentamente un provecho ilícito, este último tipo penal se circunscribe a subvenciones, ayudas o subsidios provenientes del Estado y no a cualquier provecho como es pregonable en el delito de estafa. Se presenta sí un concurso aparente de tipos penales entre el artículo 247, numeral 5.º, y el *fraude a subvenciones*, en razón a que el tipo penal de *estafa* se agrava cuando el provecho ilícito se relaciona con bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga parte. Este problema se resuelve aplicando el criterio de consunción, dando prioridad al delito de fraude a subvenciones que, por poseer una mayor riqueza descriptiva, consume el juicio de desvalor de la modalidad de estafa comentada.

3. Con el delito de falsedad en documentos

Situación diferente es la que se presenta con el delito de *falsedad en documentos*. Es corriente, y podría decirse que imprescindible, que el fraude a subvenciones esté acom-

pañado de conductas que constituyen un punible de falsedad ideológica o material, bien en documentos públicos o privados. En efecto, el ciudadano que aspira al apoyo subvencionado del gobierno diligencia el formulario respectivo en el cual debe consignar una serie de información que debe ser fidedigna. Cuando esa persona no reúne los requisitos exigidos para ser beneficiario de la subvención, es natural que falte a la verdad en los datos que ingresa al formulario que, de hecho, tiene carácter de público. Estamos entonces frente a una *falsedad ideológica en documento público*. Empero, por tratarse de un tipo penal de *sujeto activo calificado* (Código Penal, art. 286), no podrá deducirse ninguna responsabilidad por el mismo al particular. Desde luego, si el servidor público, por ejemplo por amistad, a petición del particular acepta consignar información falsa, responderá como autor del delito de falsedad ideológica y cómplice del delito de fraude a subvenciones; por su parte, el particular responderá por el punible de falsedad ideológica en calidad de determinador interviniente, en concurso con el ilícito de fraude a subvenciones.

Ahora bien, tratándose de la falsedad material, dos son las situaciones que pueden presentarse: la primera, que la falsificación del documento base para la subvención, auxilio o ayuda, sea de carácter público; la segunda, que el documento tenga el carácter de privado. En el primer caso, cuando la falsedad del documento público es realizada por el propio interesado en el beneficio y lo utiliza para tal fin, obteniendo efectivamente la subvención, auxilio o ayuda, no cabe ninguna duda que estamos frente a un concurso ideal (heterogéneo sucesivo) entre los punibles de falsedad en documento público y el fraude a subvenciones. Para arribar a esta conclusión nos auxiliamos del criterio aceptado ampliamente por vía doctrinal de que la falsedad de esta clase de documentos no requiere de su utilización, esto es, que *per se* constituye una vulneración a la fe pública^{49,50,51} y, cuando se usa con el fin de inducir en error al Estado, se incurriría también en el punible *fraude a subvenciones*. De otra parte, cuando el documento público espurio es elaborado por un tercero, el beneficiario de la subvención será responsable de un concurso de delitos entre el *uso de documento público falso* (Código Penal, art. 291) y el *fraude a subvenciones*.

Cuando la subvención, ayuda o subsidio, se obtiene utilizando un documento privado afectado por falsedad ideológica o material, somos del criterio de pregonar un concurso real de delitos entre la *falsedad* del artículo 289 y el *fraude a subvenciones*, para lo cual nos afiliamos a la tesis del concurso medial, instrumental o teleológico, que se presenta “cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse

49 CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ y ZAMORA ÁVILA, MARTHA LUCÍA. *El delito de exportación ficticia*, Bogotá, Librería del Profesional, 1987, p. 58.

50 JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO. *Op. cit.*, p.142.

51 MARTÍNEZ BUJÁN, CARLOS. *Derecho penal económico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 415.

entre ambos una relación de medio a fin^{52,53}. Desde luego, en cuanto a la falsedad ideológica en documento privado, se asume el criterio mayoritario de la jurisprudencia y la doctrina de que es factible su realización por el particular^{54,55,56}.

4. Punibilidad

La consecuencia punitiva del fraude a subvenciones se ubica entre cinco y nueve años y multa de doscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis a doce años. Como puede observarse, la pena a imponer a los responsables del punible es mayor que la estipulada para la exportación ficticia y la desviación de crédito, al igual que para la estafa agravada. Compartimos la inquietud del profesor JASON ALEXÁNDER ANDRADE CASTRO, en el sentido de que en la legislación colombiana, tal como se hizo en el Código Penal español, debió contemplarse la posibilidad de aplicar a los responsables del fraude a subvenciones la pena accesoria de la inhabilidad para obtener subvenciones o ayudas públicas por un periodo determinado⁵⁷.

Consideramos de la mayor utilidad para la preservación de los recursos públicos la posibilidad de aceptar la exclusión de la responsabilidad penal cuando se reintegren los recursos obtenidos en forma irregular, desde luego con la correspondiente indexación y con los intereses de rigor o la actuación eficaz del beneficiario para impedir que se concrete la subvención a la que no se tiene derecho, como lo establecen los códigos penales de España (art. 308, numeral 3.º) y de Alemania (art. 264.5), criterios que no se tuvieron en cuenta en la redacción del artículo 403 A del Estatuto Penal colombiano. Asimismo, como lo propone ASÚA, en estos casos deberían mantenerse la multa y la privación del derecho a posteriores ayudas⁵⁸.

52 POSADA MAYA, RICARDO. *Delito continuado y concurso de delitos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, 2012, pp. 296-304.

53 C. S. J., 25 de julio de 2007, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

54 C. S. J., 18 de abril de 1985, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO.

55 VIVEROS CASTELLANOS, YEZID. *Falsedad ideológica*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, p. 134.

56 Contra esta posición se levantan voces autorizadas como la del profesor MANUEL CORREDOR PARDO, quien afirma: “En resumen, creo que la falsedad ideológica de documentos privados no está tipificada, y la jurisprudencia ya lo ha indicado cuando declaró que las mendacidades en la declaración de renta no constituyen falsedad ideológica en documentos, sino infracción tributaria” (CORREDOR PARDO, MANUEL. “La falsedad de documentos”, en VV. AA. *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 453).

57 ANDRADE CASTRO, JASON ALEXÁNDER. *Op. cit.*, p. 36.

58 ASÚA, ADELA. *Op. cit.*, p. 347.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE LA CONVENIENCIA DE CREAR LA NUEVA FIGURA DEL FRAUDE A SUBVENCIONES

A lo largo del presente escrito se han resaltado las claras diferencias existentes entre los delitos de *exportación ficticia* y de *aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado*, con el punible de *fraude a subvenciones*, advirtiendo que algunos comportamientos con los que se busca obtener ilícitamente las subvenciones, ayudas o subsidios que el Estado otorga para impulsar su desarrollo agropecuario, industrial o tecnológico, o la inversión de esos recursos públicos a fines diferentes de su original destino, no estaban cobijados, inequívocamente, por las normas que se crearon en el Código Penal del año de 1980 y se reiteraron en el Estatuto de Penas del 2000. Esta situación justifica ampliamente la tipificación del punible de *fraude a subvenciones* para evitar la impunidad en desaguizados de cuello blanco que generan cuantiosos recursos a quienes se aprovechan indebidamente de los recursos del Estado y causan grave perjuicio al avance económico del país.

Empero, como también se señaló líneas atrás, a nuestro juicio, la nueva figura no debió ubicarse como un delito contra la administración pública (Título xv del Código Penal), pues lo que se pretende proteger con esta descripción típica, en forma preferente, es el orden económico-social, entendido como el conjunto de normas con las cuales el Estado interviene en la economía, bien jurídico tutelado en el Título x del Estatuto de Penas, sede entonces adecuada de este punible.

Finalmente, proponemos que cuando se redacte en el futuro un nuevo Código Penal, los delitos de exportación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y el fraude a subvenciones se integren en un solo tipo penal, con el propósito de facilitar su estudio y aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE CASTRO, JASON ALEXÁNDER. “Aproximación a los nuevos tipos penales para combatir la corrupción”, en: *xxxiv Jornadas de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

ASÚA, ADELA. “Incrimination penal del fraude a subvenciones. Opciones legislativas: modelo alemán, modelo español y la propuesta del corpus iuris”, en vv. AA. *Estudios de derecho penal económico*, SANTIAGO MIR PUIG, MODELELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS, GALLEGU SOLER, JOSÉ-IGNACIO y BELLO RENGIFO, CARLOS SIMÓN (coordinadores), Caracas, Livrosca, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, Praxis, 1994.

BOIX REIG, JAVIER y LLORIA GARCÍA, PAZ. *Diccionario de derecho penal económico*, Madrid, 2008.

CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ y ZAMORA ÁVILA, MARTHA LUCÍA. *El delito de exportación ficticia*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987.

CORREDOR PARDO, MANUEL. “El delito de estafa”, en vv. AA. *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Delitos contra la administración pública*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

GÓMEZ RIVERO, MA. DEL CARMEN. “Fraude a subvenciones”, en vv. AA. *Diccionario de derecho penal económico*. BOIX REIG, JAVIER (director) y LLORIA GARCÍA, PAZ (coordinadora), Madrid, Iustel, 2008.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO. “El delito de exportación ficticia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XIII, n.º 43, enero/abril 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 6ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2011.

HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A. “Los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XIII, n.º 44, mayo/agosto de 1991, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991.

JIMÉNEZ, DANIEL FERNANDO. *El delito de exportación ficticia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

OEHLER, DIETRICH. “El fraude en las subvenciones”, en vv. AA. *Los delitos socioeconómicos*. BARBERO SANTOS, MARINO (editor), Madrid, 1985.

POSADA MAYA, RICARDO. *Delito continuado y concurso de delitos*, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *La tipicidad*, 5ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

RODRÍGUEZ R., LIBARDO. *Derecho administrativo*, 12ª ed., Bogotá, Temis, 2000.

SÁNCHEZ LÓPEZ, VIRGINIA. *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Madrid, Colex, 1997.

TIEDEMANN, KLAUS. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

VIVEROS CASTELLANOS, YEZID. *Falsedad ideológica*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.