

Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado

Tatiana Vargas Nieto*

Resumen. Al analizar los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, encontramos que los tres tienen como finalidad castigar a las personas que obtienen ciertos beneficios económicos por parte del Estado, sin ser verdaderos merecedores de los mismos y que, con su actuar, obstruyen los objetivos que se propone el intervencionismo para el crecimiento de la economía nacional. De esta forma, se pretende demostrar la viabilidad jurídica de la unificación de los tres tipos penales, para que sean fusionados en uno solo —fraude a subvenciones— y, a la vez, proponemos que se realice el cambio de bien jurídico protegido que actualmente tiene, para que no aparezca en el título de los delitos que atentan contra la Administración pública y sí en el título que protege el bien jurídico: Orden económico social.

Palabras claves: Fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, intervencionismo estatal, unificación de tipos penales.

Introducción

Los delitos de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado fueron creados, el primero, con

* Abogada egresada de la Universidad de Ibagué. Integrante del semillero de investigación de Derecho Penal Económico GEDPE, del grupo de investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Correo electrónico: tatianavargas23@outlook.com

la finalidad de salvaguardar la Administración pública y, los dos siguientes, para proteger el orden económico social. Los tres tipos penales también buscan castigar la obstrucción que generan dichas conductas en el intervencionismo estatal.

Para empezar, se expondrá un breve desarrollo histórico de la intervención del Estado en la economía y, en ese sentido, se hablará de las principales reformas que ha sufrido, para terminar con su incorporación en la Constitución política de 1991. Lo anterior, con el objetivo de ubicar al lector en las normas que dieron origen a esta obligación estatal.

Conjuntamente, con el fin de reflexionar sobre la importancia que tiene para nuestra economía que el Estado intervenga de forma activa en su desarrollo, se analizarán los efectos positivos que produce dicha intervención. Para ello, nos ayudaremos de algunos ejemplos que soportan nuestra tesis: el aumento de la competitividad en el mercado, que a su vez se traduce en una verdadera efectivización del derecho a la libertad empresa, pues sanciona aquellos intervinientes que utilizan estrategias prohibidas por la ley de competencia desleal (Ley 256 de 1996), como los actos de desviación de clientela, desorganización, confusión o engaño, etc. Así, se logra que todas las personas puedan participar en igualdad de condiciones y que también se beneficie el componente más vulnerable del mercado: los consumidores, ya que, en razón a este aumento de participantes, logran obtener mejores productos a mejores precios.

En igual sentido, ocurre cuando el Estado, a través de sus entidades públicas, impulsa un sector específico de la economía en el que tiene un interés especial, porque busca su fortalecimiento por medio del otorgamiento de créditos a tasas inferiores que las ofrecidas con regularidad en el sector financiero; por tanto, permite que los beneficiarios de los mismos compitan en mercados internacionales y tecnifiquen sus medios de producción. En igual medida, el Estado reintegra los impuestos que recibe por concepto de importaciones y exportaciones, por medio de unos títulos valores que se denominan Certificados de Reembolso Tributario (CERT) que tienen como finalidad el fomento de estas actividades comerciales. Por último, se entregan ayudas, subsidios o subvenciones con diversos propósitos, pero que limitamos a aquellos que tienen como objeto el fomento de la economía; algunos permiten a los particulares consolidar sus ideas de negocio, como las estrategias formuladas por el Gobierno nacional, para generar empleos a los actores que en su momento hicieron parte del conflicto armado interno en Colombia.

Luego, se estudiará la sentencia de condena del exministro Andrés Felipe Arias que es uno de los motivos por los cuales se crea el delito de fraude a

subvenciones. Después se efectuará el análisis dogmático de este tipo penal, que comprende los sujetos activos y pasivos y el objeto jurídico y material. También se analizará cuál es la conducta que castiga este tipo penal, teniendo en cuenta que para su detección es necesario identificar el verbo rector, sus ingredientes normativos, jurídicos, extrajurídicos, y su estructura y contenido.

Para terminar, se expondrán los argumentos que sustentan la propuesta de unificación de los tres delitos referenciados, con el objetivo de mejorar la participación de justicia. Igualmente, se planteará el cambio de bien jurídico protegido —que actualmente tiene el tipo penal de fraude a subvenciones—, con la finalidad de que se proteja el orden económico social que es, a nuestro criterio, el derecho que finalmente resulta vulnerado con la práctica de estas conductas.

1. Antecedentes constitucionales del intervencionismo en Colombia

Con la reforma constitucional de 1936, impulsada por el presidente Alfonso López Pumarejo y apoyada por los ministros Alberto Lleras Camargo y Darío Echandía, se logró, entre otros grandes avances, otorgarle potestad constitucional al Estado para ejecutar la orientación y *racionalización* de la economía (Melo, 1991). Posteriormente, en la reforma de 1945 se mantuvo esta obligación estatal, y se le encomendó al Congreso fijar los planes y programas para incentivar la economía nacional (Ocampo, Bernal, Avella & Errázuriz, 1987).

Por su parte, la reforma de 1968 entregó un dominio decisorio al poder ejecutivo, con el fin de agilizar el manejo de los instrumentos de intervención. Como resultado concedió mayor injerencia del presidente de la república en el manejo monetario, en las políticas de ahorro, en el crédito público, y otras potestades que tenían una gran connotación para la economía nacional (Ocampo et al., 1987).

Finalmente, con la Constitución política de 1991, como lo manifiesta el máximo órgano constitucional, el intervencionismo estatal se presenta y desarrolla a través de los poderes públicos, de esta forma:

Un rol protagónico corresponde, sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sean de intervención económica (arts. 150.21 y 334), como otras contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o, en general, mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no solo mediante el ejercicio de la

potestad reglamentaria, sino asignándole atribuciones específicas de inspección, vigilancia y control; respecto de ciertas actividades o determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991, tanto en su parte dogmática como en la orgánica, configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010)

Lo anterior, conllevó a que se entendiera el intervencionismo estatal de dos formas. Romero Soto (como se citó en Hernández, 2015) establece que el Estado ha abandonado su papel de espectador para asumir un rol de actor y director de los cambios económicos y se manifiesta, principalmente, a través de *intervención*, es decir, de dirigir diversas políticas (crédito, control de precios, etc.) y de *protección*, que, como su nombre lo indica, su objeto es amparar el componente más débil de la sociedad: consumidores, contratantes.

Por ello, el Estado colombiano funge como la máxima autoridad encargada de garantizar que toda persona natural o jurídica pueda participar en la economía, impidiendo, como lo dispone el artículo 333 constitucional, que se restrinja la libertad en este tema y que se den abusos, en razón a la posición económica que detentan los sujetos que intervengan en el mercado.

2. El intervencionismo como motor del crecimiento económico nacional

Como indicamos en la introducción de este artículo, la intervención del Estado contribuye al crecimiento de la economía, porque por medio de sus leyes y decretos se logra —en algunos casos— la corrección de abusos y deficiencias del mercado y, en otros, apunta a disminuir las desigualdades (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010).

De esta forma, encontramos que el intervencionismo garantiza la libre competencia económica, pues la misma es definida de la siguiente manera:

Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010)

Para que exista la libertad de competencia, y las personas puedan efectivizar su derecho a la libertad de empresa y acceder en igualdad de condiciones a

los beneficios que trae el mercado, se requiere un tercero (el Estado) que regule los comportamientos de los intervinientes, a través de premios para quienes, en el primer caso, favorezcan la economía, y sanciones para quienes la limiten a través de conductas prohibidas. Algunas se encuentran en la Ley de Competencia Desleal (Ley 256 de 1996), el Estatuto del Consumidor (Ley 1840 de 2011) y la Decisión Andina 486 de 2000, entre otras disposiciones.

A su vez, hay que tener en cuenta que el aumento de competitividad no solo es necesario para los comerciantes, sino también, para los consumidores que son los llamados a beneficiarse. En palabras de la Corte Constitucional:

Se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (art. 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010) (Subrayado fuera del texto)

Frente a las demás acciones que emprende el Estado para cumplir con su deber constitucional y legal de intervenir, se encuentran aquellas como el otorgamiento de créditos a tasas inferiores con respecto a las que se ofrecen en el mercado financiero, con el objetivo de empezar un proceso de tecnificación de sus medios de producción e impulsar a sus nacionales a competir en los mercados internacionales. En efecto,

El ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Aurelio Iragorri Valencia, presentó en Medellín las nuevas herramientas financieras de *Colombia Siembra*, las cuales brindan hasta el 40 % en Incentivo a la Capitalización Rural (ICR) y la mínima tasa de interés para los pequeños productores. Durante el foro *Colombia Siembra, más y mejores ingresos para nuestros productores*, el ministro Iragorri explicó que este año el propósito es apalancar \$ 8 billones en créditos en las condiciones del Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro), especialmente, a través del Incentivo a la Capitalización Rural y los recursos de la Línea Especial de Crédito (LEC). (Portafolio, 2016) (Subrayados fuera del texto)

En igual sentido ocurre cuando el Estado, con el propósito de fomentar la economía, reintegra parte de los impuestos que percibe por concepto de exportaciones e importaciones, cuyos niveles fija el Gobierno nacional, de acuerdo con los productos y las condiciones de los mercados a los que se dirijan (Her-

nández, 2015). Estas devoluciones se realizan a través de unos títulos que se denominan Certificados de Reembolso Tributario (CERT), antes Certificados de Abono Tributario (CAT), documentos de deuda pública emitidos al portador, libremente negociables, exentos de impuestos y cuyo fin primordial lo constituye el pago de la obligación impositiva a cargo de su tenedor legítimo, dentro de los dos años siguientes a su expedición, so pena de operarse la caducidad (Hernández, 2015).

De forma similar acontece cuando se otorgan subsidios, ayudas y subvenciones para favorecer a los particulares que procuran materializar sus ideas de negocio. Por ejemplo, María Andrea Nieto, ex directora de empleo y trabajo del SENA, explicaba que la institución tiene disponible para los emprendedores de Colombia, Capital Semilla, “unos recursos que puede utilizar cualquier colombiano para comenzar con una idea de negocio” (Urna de Cristal, 2015). El dinero se entrega a través de convocatorias y son entre 51 y 115 millones de pesos; además, se conceden a “buenas ideas, que sean sostenibles al ser evaluadas” (Urna de Cristal, 2015).

También, para incentivar algunos renglones de la economía, “Entre el 17 de octubre de 2012 y el 27 de noviembre del mismo año, el gobierno entregó subsidios a los cafeteros por \$3883 millones”. El Tiempo (como se citó en Hernández, 2015, p. 397). (Subrayado fuera del texto)

Cabe advertir que todas las estrategias anteriormente descritas se podrían resumir en la entrega de subsidios, ayudas y subvenciones, pues como se verá más adelante, la Corte Constitucional entiende los créditos de origen público a bajas tasas y el reintegro de impuestos como tipos de subsidios indirectos. En consecuencia, este es el motivo por el cual afirmamos que cuando estas conductas no se usan con la finalidad que propone el Estado, atentan contra el intervencionismo económico y el directamente afectado es el bien jurídico del orden económico social.

No está de más aclarar que la ley prevé unas limitantes para esta intervención, pues no debemos olvidar que después de todo somos un país con un modelo económico con tendencias liberales y la Corte Constitucional las resume de la siguiente manera:

La jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que la intervención será compatible con los preceptos que dispongan la del Estado, y que en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que

justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010)

Para finalizar, es importante observar cómo el Estado sacrifica el erario en búsqueda de impulsar la economía; sin embargo, algunas acciones se ven obstruidas cuando las personas presentan documentos falsos, como se resalta a continuación:

En septiembre de 2013 la prensa nacional dio cuenta del saqueo al erario público por cerca de medio billón de pesos por parte de un cartel que obtuvo devoluciones de IVA por falsas exportaciones. Con documentos falsos pidieron la devolución de los impuestos supuestamente pagados por exportaciones de chatarra y textiles que nunca se realizaron. (Hernández, 2015, p. 330)

3. Sentencia de condena de Andrés Felipe Arias en el caso AIS y creación del tipo penal de fraude a subvenciones

Con relación a los motivos que soportaron la creación de AIS se ratifica:

Con 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. (Hernández 2015, p. 401)

Sin embargo, los sanos objetivos que se había propuesto el Gobierno nacional fueron obstaculizados por uno de los problemas más graves que afrontan los Estados: la corrupción. Un grupo de acaudaladas familias se apropió de los dineros destinados a aquellas personas que se verían directa o indirectamente perjudicadas por el ingreso de productos extranjeros al mercado nacional. Estas maniobras fraudulentas son explicadas detalladamente en la sentencia de condena del exministro Andrés Felipe Arias (Corte Suprema de Justicia. Sentencia sp9225-2014).

El ex ministro de Agricultura fue investigado y condenado por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de las formalidades legales y peculado por apropiación. Igualmente, por su alto cargo, trascendencia profe-

sional y por haber actuado en coparticipación criminal, le fueron aplicadas las circunstancias de mayor punibilidad contenidas en el artículo 58 numerales 9 y 10 del Código Penal.

En el proceso que se adelantó contra Arias se demostró que “personas naturales y jurídicas accedieron dos o más veces a los beneficios del programa de riego, contrariando de manera expresa lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1152 de 2007” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP9225 R37462, 2014). Por otra parte, en la misma ley se reglamentó que dichos subsidios serían entregados por el Incoder para la adecuación de tierras de pequeños productores que presentaran proyectos cuyo objetivo fuera “mejorar las condiciones de riego, drenaje o control de inundaciones, o para ampliar, rehabilitar o transformar obras ya existentes” (Ley 1152, 2007, art. 94).

Adicionalmente, se demostró en juicio que proyectos que habían sido calificados como inviables por incumplir algunas de las condiciones consagradas en el artículo 98 del Estatuto Rural (Ley 1152 2007) lograron la entrega de estos subsidios, como lo registra la sentencia comentada.

Ahora bien, conviene resaltar que, a nuestro juicio, las conductas expuestas con antelación se enmarcan en el tipo penal de fraude a subvenciones, como quiera que dichas personas se beneficiaron de subsidios ofrecidos por el Estado sin ser verdaderos merecedores de los mismos. Otro aspecto que se debe analizar es que algunas de las personas que fueron investigadas y condenadas por los hechos señalados eran particulares y, pese a ello, se les juzgó por el delito de peculado, sin tener en cuenta que este tipo penal tiene un sujeto activo calificado. En otras palabras, requiere que la conducta sea actualizada por un servidor público.

No obstante, conviene aclarar que el motivo por el cual la fiscalía no los investigó por el delito de fraude a subvenciones no obedece al *nomen iuris* de la misma, sino que, en el momento en que sucedieron los hechos, el artículo 403A no existía. Aunque, al observar la lesividad de estas conductas y el alto grado de reproche que tuvieron los acontecimientos, el ente acusador se remitió a la adecuación típica más próxima: peculado por apropiación. Empero, no queda duda de que dicha tipificación no describía plenamente la conducta adelantada por los autores del delito.

El escándalo que provocó lo ocurrido con AIS impulsó al ejecutivo a crear el tipo penal de fraude a subvenciones, con el fin de establecer control y verificación sobre el otorgamiento de subsidios, y de evitar la corrupción que se ve-

nía presentando en el país, tal y como se evidencia en la exposición de motivos del ministro de Interior y Justicia, Germán Vargas Lleras¹.

De esta manera el Congreso promulgó la Ley 1474 el 12 de julio 2011, que en su artículo 26 estipuló:

La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 403A, el cual quedará así:

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 (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. (Ley 1474, 2011)

Con lo anterior, se busca sancionar a aquellas personas que a través de maniobras fraudulentas pretendan favorecerse de las ayudas, subsidios o subvenciones que el Estado otorgue a diferentes conjuntos. Es decir, a sectores de la economía en los que tenga un interés especial, o para aquellos que sean perjudicados por alguna catástrofe natural, inclusive, para quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad. Es por ello que lo ocurrido en la catástrofe de Armero, es otro de los ejemplos de fraude a subvenciones, como lo relata el diario El Tiempo:

Resultaron cerca de 65 000 damnificados directos cuando en realidad Armero tendría unos 40 000 habitantes o personas vinculadas estrechamente con la región. Y de esos 40 000, cerca de 22 000 murieron en la tragedia, señaló Alejandro Quimbayo, quien colaboró con la carnetización. Llegaron muchos vivos haciéndose pasar por damnificados y sacaron el carnet que les dio derecho a subsidios, a casa y a reclamar alimentos. (El Tiempo, 1999)

De la misma manera, está ligado a lo sucedido con los procesos de restitución de tierras, expuesto por noticias RCN el 22 de abril de 2015:

El Gobierno denunció cartel de falsas víctimas en la restitución de tierras, pues se estimaba que, de los 72 000 reclamantes, 21 000 eran *avivatos*, que significaba

¹ Para revisar la exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se sugiere revisar la página web http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=142&p_consec=26704

que el 30 % de ellos, eran personas que buscaban beneficiarse con los recursos del Estado sin ser verdaderos merecedores de ellos. (Noticias RCN, 2015)

Conviene resaltar, que estos son solo algunos ejemplos de las muchas acciones de tipo penal de fraude a subvenciones.

4. Clasificación dogmática del delito de fraude a subvenciones

Al realizar la clasificación dogmática de este tipo penal es conveniente establecer que se trata de un delito que tiene un sujeto activo monosubjetivo, o sea, que basta con que una persona actualice el tipo penal. Se trata, además, de un caso en el que el sujeto activo se considera indeterminado, debido a que no se requiere una calidad especial y, en consecuencia, lo puede realizar cualquier persona. Por su parte, el sujeto pasivo puede identificarse con el Estado. Este es el primer afectado en su condición de director y guardián de la economía y de los recursos fiscales que se ven disminuidos por la comisión del delito.

Ahora bien, frente al objeto jurídico conviene anotar que, si bien el Código Penal establece que el bien jurídico protegido es la Administración pública, este delito —como ocurre con los de exportación e importación ficticia y la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado— afecta directamente el orden económico social, pues desequilibra y pone en grave riesgo la economía nacional.

Por su parte, el objeto material será, como lo explica Hernández (2015), la subvención, ayuda o subsidio que provenga de recursos públicos y que se obtiene indebidamente o se utiliza con fines diferentes para los que fueron concedidos.

A su vez, la conducta será obtener subvención, ayuda o subsidio proveniente de recursos públicos mediante engaño o callando, total o parcialmente, la verdad. También, en atención al segundo inciso del articulado, que responderá a no invertir los recursos entregados por el Estado, a través de sus entidades públicas con la finalidad para la que estaba establecida.

Por esta razón, el verbo rector frente al primer inciso del articulado es *obtener*, que, según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), consiste en “conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”. Por consiguiente, se castiga a aquellos que, sin ser beneficiarios, han accedido a las ayudas, subsidios o subvenciones. De esta forma, se puede afirmar que aquellos que mienten sobre las condiciones para acceder a los créditos Ictex o para aspirar a una vivienda de interés social incurren en acciones delictuosas.

El verbo rector correspondiente al segundo inciso es *destinar*. El DRAE lo define como “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”. De esta manera, se puede afirmar que, aquellas personas que serán beneficiarias de alguna ayuda proveniente de la situación de posconflicto están obligadas a invertir los recursos que les fueron otorgados en los proyectos propuestos por el Gobierno nacional, so pena de verse inmersos en este delito.

Ingrediente normativo: subvención, ayuda, subsidio, recursos públicos y entidad pública.

Para identificar el ingrediente jurídico y extrajurídico debemos acudir a la ley, a la doctrina y al DRAE. Es por ello que:

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. (Hernández, 2013, p. 408)

Ayuda:

Son aquellos recursos destinados a auxiliar a los individuos necesitados de apoyo, tales como los empleados, los ahorradores víctimas de defraudaciones o los damnificados del invierno. Estas ayudas constituyen una ventaja económica para el beneficiario, quien no está obligado a pagarlas en el futuro. (Hernández, 2015, p. 410)

Subsidio: según el DRAE consiste en una “prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada”.

Recursos públicos: “Todo apoyo en dinero o en especie que provenga del Gobierno Central (ministerios, instituciones descentralizados, fondos, etc.), así como de administraciones departamentales, municipales o distritos especiales”. (Hernández, 2015, p. 411)

Entidad pública: según Libardo Rodríguez (como se citó en Hernández, 2015):

Con fundamento en varios textos legales, como los decretos leyes 1222 de 1986, 1333 de 1986 y las leyes 128, 136 de 1994 y 489 de 1998, así como de la Constitución política de 1991, son organismos de origen estatal, —cuyo capital o patri-

monio también es estatal o público—, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas. (p. 411)

Ingrediente subjetivo: cabe advertir que este tipo penal —tal y como fue instituido por el legislador— no posee ninguna expresión de la que se pueda extraer un propósito específico, que deba cumplir quien actualice la conducta aquí descrita; lo único que se halla en él son situaciones modales. Por esta razón, podemos afirmar que el delito de fraude a subvenciones no tiene un elemento subjetivo.

Luego, de acuerdo con su estructura, corresponde a un tipo penal básico, puesto que describe de manera independiente las conductas que sanciona. De la misma forma, es compuesto, debido a que especifica conductas: la primera, obtener la subvención, ayuda o subsidio mediante engaño y faltando a la verdad, total o parcialmente, y, la segunda, aquella que se encuentra descrita en el segundo inciso y que corresponde a no invertir los recursos con la finalidad que el Estado deseaba. A su vez, es completo, pues describe totalmente la conducta y señala la sanción, y en blanco, ya que debemos acudir a otras normas y definiciones extrajurídicas para entender cuando se trata de una subvención, ayuda o subsidio. Igualmente, para saber cuándo estamos frente a recursos públicos y cuáles son las entidades de ese mismo carácter.

De otro lado, conviene decir que es un tipo penal simple, ya que se limita a proteger un solo bien jurídico, que, según nuestro Código Penal actual, corresponde a la Administración pública. Adicional a ello, es de resultado, porque del verbo rector extraemos la necesidad de que se obtenga la subvención, ayuda o subsidio y, en atención al segundo inciso, es necesario que no se invierta en la actividad para la cual fue destinada. Por tal razón, podemos afirmar que este delito sí admite el grado de tentativa.

Según su contenido, obedece a un tipo de resultado porque se requiere la obtención de la subvención, ayuda, o subsidio. Sin embargo, frente al primer inciso estamos ante un delito de conducta instantánea, ya que basta con obtener la subvención, ayuda o subsidio, pero al analizar el segundo inciso tendremos que decir que se trata de un delito de conducta permanente, puesto que, es necesario que después de haber obtenido la subvención, ayuda o subsidio, no se invierta en la finalidad propuesta. Es un delito de acción, así el comportamiento del sujeto activo es perceptible por los sentidos y cerrado, pues este tipo penal contiene circunstancias modales como engañar sobre las condiciones requeridas para la concesión de subvención, ayuda o subsidio y callar total o parcialmente a la verdad.

5. Algunas consideraciones sobre la propuesta de unificación de los delitos de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado

Es conveniente recordar que la misión de este artículo consiste en sugerir una reforma a los delitos actuales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. Al analizar los tipos penales, encontramos que existe una identidad en la conducta que actualmente es sancionada por los tres, pues se castiga el hecho de resultar beneficiario de ayudas, subsidios o subvenciones y de exoneración de impuestos y de tasas de crédito especiales —a los cuales no se tenía derecho— o, al menos, no en la proporción que le fue entregada. Y, en consecuencia, haber evitado que quien sí tenía derecho accediera a esos beneficios estatales, con lo cual se obstaculiza el crecimiento económico de la nación.

Al estudiar la sentencia del alto tribunal constitucional, encontramos que la Corte entiende como formas de subsidio indirecto “**La eliminación de impuestos, la otorgación de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor que el del mercado**” (Corte Constitucional, Sentencia C-324 de 2009) (negrilla fuera del texto). Ello, conlleva necesariamente a concluir que la eliminación de impuestos es un tipo de subsidio, que se evidencia en las exportaciones e importaciones, cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expide el CERT que, como lo advierten Garay et al. (1998), “consiste en la devolución total o parcial de los impuestos indirectos, tasas y contribuciones pagados por el exportador o importador” (p. 367). Entonces podemos afirmar que esta conducta podría ser castigada a través de la figura de fraude a subvenciones, como quiera que se trata de subsidio estatal.

Ahora, como se ha observado en los últimos años, una tendencia del legislador colombiano es crear delitos cada vez más específicos, con lo cual omite una de las características de la ley que consiste en que debe ser general y, en consecuencia, se obliga a describir de manera abstracta la conducta humana, sin hacer referencia específica a individuos en particular, como ocurre frente a los exportadores e importadores (Gómez, et al. 2015).

Si otorgar créditos en condiciones preferenciales constituye otro tipo de subsidio, se puede hacer el mismo examen lógico que efectuamos anteriormente, para concluir que esta conducta también podría ser castigada a través del delito actual de fraude a subvenciones, ya que dentro del mismo enunciado penal se encuentran los subsidios estatales.

Sin embargo, no podemos desconocer que cuando se realiza la clasificación dogmática de los tres tipos penales, encontramos que entre ellos existen algunas diferencias que deben ser tenidas en consideración si se quiere lograr su unificación: la más importante es que no amparan el mismo bien jurídico, debido a que el delito actual de fraude a subvenciones protege la Administración pública y los delitos de exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado amparan el orden económico social.

Esta clasificación, a nuestra manera de pensar, no responde exitosamente —nos referimos al delito de fraude a subvenciones— pues estos delitos atentan contra la intervención del Estado en la economía, la cual tiene como objeto fomentar las actividades económicas de la nación y garantizar los derechos que la Carta Política nos ha otorgado a todos los colombianos en materia económica. Por tanto, consideramos que la aparente deficiencia serviría para corregir la ubicación de este delito en el Código Penal.

Otra de las dificultades que tendremos que analizar consiste en que el sujeto activo del delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado tiene una calidad específica, pues según Hernández (2015):

Como quiera que el tipo penal se refiere a “el que con destino a actividades fomentadas por el Estado” sin exigirle una calidad especial, conllevaría a pensar que en principio la conducta no requiere de un sujeto activo calificado. Pero, es conocido que para tener derecho a determinados créditos otorgados para actividades que el Estado está interesado en apoyar o impulsar, se debe reunir algunas condiciones específicas como por ejemplo ser pequeño o gran productor para el crédito de Finagro (p. 380).

Y de otro lado, los delitos de exportación e importación ficticia y fraude a subvenciones tienen un sujeto activo indeterminado, por ello, para poder realizar la unificación habría que tratar de resolver esta distinción dogmática. Así, una de las maneras sería considerar que, si se analiza la conducta de modo general, estamos hablando de un subsidio, y si bien solo ciertas personas pueden acceder a los mismos, dicha limitación no obedece a la calidad de las personas, sino a la necesidad de su obtención y la del Estado por favorecer la economía.

Y, finalmente, que al examinar la conducta de los tres tipos penales que están siendo objeto de estudio, encontramos que el de exportación e importación ficticia es un delito de mera conducta, pues según Hernández (2015):

Algunos doctrinantes han sostenido que estamos frente a un tipo penal de resultado, esto es, que se requiere para que el hecho pueda sancionarse y que evidente-

mente, se obtenga el resultado querido. (...). Nosotros no compartimos el criterio comentado, pues consideramos que en exportación e importación ficticia estamos frente a un tipo penal de mera conducta, en el cual, el legislador no espera a que el daño o menos cabo del bien jurídico tutelado se produzca, sino que describe conductas que sancionan el simple comportamiento del sujeto agente, independiente de sus consecuencias (p. 341).

La anterior es una posición que encontramos sustentada al analizar que el verbo rector de este delito corresponde a *simular* y, de esa forma, con la sola presentación de los documentos falsos que soporten las exportaciones o importaciones aparentemente realizadas, ya se estaría incurriendo en el tipo penal, aun sin que se hubieran expedido los CERT respectivos; la problemática surge cuando se advierte que la aplicación fraudulenta de créditos oficialmente regulados y el delito de fraude a subvenciones son tipos penales de resultado.

Consideramos que esta diferencia no puede ser solucionada si no se cambia la redacción que tuvo el delito de exportación e importación ficticia, pues de la forma como está actualmente establecido no hay manera de que pueda interpretarse como un delito de resultado. Sin embargo, esta diferencia dogmática no debe ser suficiente para obstruir nuestra propuesta de unificación de los tres tipos penales, ya que no existe razón para que en unos tipos de subsidios se considere que su defraudación es tan grave como para considerarse de mera conducta y, para otros, como ocurre con la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y con el mismo delito de fraude a subvenciones, se consideren delitos de resultado.

De esta manera, esperamos entonces que el legislador al reformar el Código Penal o al aprobar un nuevo estatuto, atienda nuestra propuesta de fusionar los delitos exportación e importación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y fraude a subvenciones, en uno solo, que consideramos debe llamarse como en otras legislaciones *fraude a subvenciones* y ubicarlo como un punible contra el orden económico social.

Referencias

Código Penal [Código] (2016). 1ra ed. Legis

Congreso de Colombia (18 de enero de 1996). Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. [Ley 256 de 1996] DO: [No. 42.692]

- Congreso de Colombia (25 de julio de 2007). Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones. Artículos 92, 94 y 98. [Ley 1152 de 2007] DO: [No.46.700]
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Artículo 26. [Ley 1474 de 2011] DO: [No.48.128]
- Diccionario de la Real Academia Española DRAE. (2014). (23a ed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=QpzpmTs>, <http://dle.rae.es/?id=DTZRYFC|DU4GpqO>, <http://dle.rae.es/?id=yze7hh6>
- El Tiempo. (1999, 10 de febrero). *Que no pase lo de Armero*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-872680>
- Garay, L. J., Quintero, L. F., Villamil, J. A., Fatat, J., Gómez, S., Restrepo, E. & Yeima, B. (1998). *Certificado de reembolso tributario – CERT*. Colombia: Estructura industrial e internalización 1967-1996.
- Gómez, G. E., Hernández. H. A., (Ed.). Gómez, G. E., Solano de Ojeda, M. C. & Troncoso, O. L. (2015). *Lecciones de Introducción al Derecho*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Hernández, H. A. (2013). El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho penal y criminología*, Volumen xxxiv No. 96.
- Hernández, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 7a ed. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Melo, J. O. (1991). Las reformas liberales de 1936 y 1968. Progreso social y reorganización del Estado. En *Revista Credencial Historia*, No. 13, 1.
- Noticias RCN. (2015, 22 de abril). *Cartel de falsos reclamantes de tierras puso en alerta al gobierno, ya que tres de cada diez solicitudes de restitución de tierras han sido presentadas por 'avivatos'*. [Archivo video]. Recuperado de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/gobierno-denuncio-cartel-falsas-victimas-restitucion-tierra>
- Ocampo, J. A., Bernal, J., Avella, M. & Errázuriz, M. (1987). Capítulo 7: *La consolidación del capitalismo moderno*. En historia económica de Colombia. Ocampo, J. A. (Comp.). (1987). Bogotá, Colombia: Siglo veintiuno editores.
- Portafolio. (2016). *Incentivos para créditos del plan Colombia Siembra*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/incentivos-creditos-plan-colombia-siembra-494095>
- Sentencia C-324 (2009). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-228 (2010). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia (2014). Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: María del Rosario González Muñoz.

Urna de Cristal. (2015, 25 de junio). *¿Tienes una idea de negocio? El gobierno nacional te ayuda a volverla realidad*. Recuperado de <http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/tienes-una-idea-de-negocio-gobierno-nacional-te-ayuda-a-volverla-realidad>

Vargas, G. (s.f.). Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Congreso de Colombia. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=142&p_consec=26704