

**APROXIMACIONES DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES DEL TIPO PENAL
FRAUDE DE SUBVENCIONES EN COLOMBIA**

**ELABORADO POR
OMAR FELIPE CORTÉS CANO**

**ASESOR DE TRABAJO DE TESIS: Dr.
RICARDO ECHAVARRIA RAMIREZ.**

**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL MEDELLÍN 2022**

Tabla de contenido

Tabla de contenido.....	2
Resumen.....	3
Palabras clave.....	3
Introducción	4
Capítulo 1. El tipo penal de fraude de subvenciones y la discusión sobre el bien jurídicamente tutelado al que pertenece.....	5
Origen y fundamento histórico-jurídico del fraude de subvenciones	5
El tipo penal de fraude de subvenciones en España	9
Discusión sobre el bien jurídicamente tutelado en Colombia.....	16
El fraude de subvenciones como un tipo penal en blanco	19
El fraude de subvenciones desde el punto de vista tributario	21
Capítulo 2. Análisis dogmático y jurisprudencial sobre el tipo penal de fraude de subvenciones	27
Estructura y Objeto	27
Sujetos.....	28
Conducta	33
Dolo, culpa o preterintención en el fraude de subvenciones	35
Conclusiones.....	38
Conclusión 1	38
Conclusión 2	39
Conclusión 3	39
Conclusión 4	40
Conclusión 5	41

Resumen

Con la expedición del Estatuto Anticorrupción a través de la Ley 1474 de 2011, el sistema estatal se dispuso a generar una respuesta a los actos en contra de la Administración Pública que afectaban, además de su correcto funcionamiento, el patrimonio público y su moralidad. Una de las novedades de este Estatuto, fue la creación del delito de fraude a subvenciones, en el que se penalizaron a aquellos que obtuvieran ayudas o auxilios del Estado, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para acceder a este, o que los hubieran destinado a una finalidad distinta.

Con esto, se han generado una serie de debates, como, por ejemplo, aquel referido a si, efectivamente con este, se pretende la protección del bien jurídico de la Administración Pública, por cuanto también se generaría una afectación al orden económico y social, bien jurídico protegido a su vez por el Código Penal. Por lo tanto, realizar un análisis dogmático y conceptual, se hace menester frente a ello, con el fin de generar debates y argumentos que permitan extraer conclusiones y posiciones particulares. Acudir a ordenamientos jurídicos extranjeros en donde la figura del fraude a subvención tenga un mayor desarrollo, como es el caso de España, será necesario para establecer comparativos y diferenciaciones entre estos dos sistemas, toda vez que, en Europa, este tipo penal data de la década de los 70's. En consecuencia, este trabajo presenta una serie de aproximaciones conceptuales y jurisprudenciales sobre el tipo penal de fraude de subvenciones.

Palabras clave

Delitos contra la administración pública, delitos contra el orden económico y social, fraude de subvenciones, tipo penal en blanco.

Introducción

Las últimas décadas del siglo XX en Colombia estuvieron marcadas por una serie de hechos de corrupción y narcotráfico en los que se vieron involucrados servidores públicos, desde el presidente de la República, hasta otros funcionarios. Esta situación demandó del Estado la implementación de estrategias que le hicieran frente al flagelo de la corrupción, en tanto problemática que ponía en entredicho el sistema democrático y la institucionalidad en su conjunto (Hernández, 2013).

Entre las consecuencias más significativas de ese flagelo estaba la imposibilidad de la utilización y destinación eficaz de los recursos públicos, con el fin que pudieran ser proveídos los servicios básicos a cargo del Estado. Como respuesta a esto, se crearon tipos penales para la década de los 80's, reiterados a través del Estatuto de Penas en el año 2000. Sin embargo, estas normas no daban respuesta a verdaderas sanciones y a la prevención general y especial como fines de la pena, momento en el cual surge el Estatuto Anticorrupción con la expedición de la Ley 1474 de 2011, en la que se dictaron normas para fortalecer mecanismos de prevención, investigación y sanción de todo tipo de acto de corrupción y la efectividad de la gestión pública (Hernández, 2013).

Una de las novedades de este Estatuto, fue la creación del delito “fraude de subvenciones” consistente en que quien obtenga ayudas o subsidios provenientes de recursos públicos mediante engaños sobre las condiciones requeridas para su concesión o callando total o parcialmente la verdad, incurriría en prisión (Hernández, 2013).

Sobre esa conducta típica existe un debate sobre si debe ser considerada como un delito contra el bien jurídicamente tutelado de la Administración Pública, en seguimiento de la ubicación de éste en el Código Penal vigente, o si es un delito contra el bien jurídicamente tutelado del orden económico y social, por cuanto su consumación transgrede y desconoce el interés del Estado de estimular la prestación de un servicio y apoyos económicos directos sectoriales. Diversos autores han sostenido una u otra de las anteriores posturas de allí que se dedique un acápite especial de este trabajo a su tratamiento.

Por lo anterior, esta tesis de maestría está dividida en tres partes principales: en la primera se exponen las características del tipo penal de fraude de subvención desde su origen y fundamento histórico-jurídico, el debate que ha existido en Colombia sobre si el fraude de

subvenciones debe ser considerado un delito contra la Administración Pública o contra el Orden Económico y Social, en tanto bienes jurídicamente tutelados, y de su relación con el caso de España, denotando las principales semejanzas y diferencias con respecto al ordenamiento penal colombiano.

En la segunda, se efectúa un análisis dogmático y jurisprudencial sobre este tipo penal a nivel objetivo y subjetivo, los debates que se han generado, la conceptualización y posiciones asumidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, y las propias reflexiones personales de quien esto escribe.

El acápite final se destina a las conclusiones generales de la investigación.

Capítulo 1. El tipo penal de fraude de subvenciones y la discusión sobre el bien jurídicamente tutelado al que pertenece

Este capítulo presenta el origen y fundamento histórico-jurídico de la conducta típica y antijurídica bajo examen, a la vez que se expone el debate que ha existido en Colombia sobre si el fraude de subvenciones debe ser considerado un delito contra la Administración Pública o contra el Orden Económico y Social, en tanto bienes jurídicamente tutelados. Igualmente, presenta una exposición sobre ese tipo penal en el contexto internacional, particularmente en el caso de España, denotando las principales semejanzas y diferencias con respecto al ordenamiento penal colombiano.

Origen y fundamento histórico-jurídico del fraude de subvenciones

El análisis de los tipos penales merece el abordaje de los hechos que suscitaron su nacimiento, más aún cuando los mismos datan de no más de diez años, y con ocasión a hechos puntuales en la esfera nacional. Será menester analizar la realidad de la actividad administrativa que conllevó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a implementar un tipo penal como respuesta a los engaños de algunas personas en la obtención de subvenciones que, por su condición económica, no requerían, y solo buscaban engrosar su patrimonio económico.

Para ello, se revisará la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional con la formulación del proyecto de Ley, y así determinar si ésta es equiparable a lo que hoy se denomina como Estatuto Anticorrupción, lo cual a la opinión del Gobierno de Juan Manuel Santos, quien se encontraba al frente para aquel entonces, la iniciativa difiere al actual Estatuto,

como respuesta al proceso deliberativo propio de la corporación legislativa, y que no es más que el pleno ejercicio de la democracia, por cuanto son los representantes que elige el pueblo para la toma de decisiones de su competencia (Secretaría de Transparencia, 2016).

Desde 1975, con la expedición de la Ley 37, el Estado ha evidenciado ingentes esfuerzos en sancionar a aquellos que traten de aprovecharse ilícitamente de los subsidios otorgados por el Estado. Con la expedición de esa Ley, el Congreso de la República para aquel entonces, pretendía reglamentar conductas punibles a favor de la economía nacional, la industria y el comercio.

La génesis del delito fraude a subvenciones tuvo relación con otros delitos de vieja data, estos son, los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, como respuesta al actuar delictivo de algunas personas que obtenían subvenciones que brindaba el Estado para la época de los años 70, a las personas que realizaran exportaciones de productos no tradicionales a través del entonces Certificado de abono tributario, hoy Certificado de reembolso tributario, como también la desviación de créditos otorgados por el Estado a través de entidades financieras a los particulares, con fines de desarrollar actividades industriales y agropecuarias (Hernández, 2013).

Así, para 1979, se tipificó este delito dentro del grupo de ilícitos en contra del orden económico social, aclarando que este debía obedecer a una indebida aplicación del crédito, ya que no solo la obtención fraudulenta era motivo de sanción, por lo que la norma para este momento quedó redactada bajo estos supuestos (Giraldo y Gómez, 1986).

Tiempo posterior, con la expedición del Decreto 100 de 1980, el comportamiento fue incluido como una infracción contra el régimen fiscal, dentro de los delitos contra el orden económico social, sin embargo, ya no hacía referencia al aprovechamiento ilícito de subsidios, sino a la obtención de provecho o utilidad de origen oficial, por conducto de la supuesta exportación, lo cual se denominó exportación ficticia. Así mismo, en el artículo 327 del proyecto que pretendía la expedición de este Código Penal, fue incluido como comportamiento delictivo, valerse de información falsa para engañar a una entidad pública o privada y obtener provecho de ello, con el atenuante de que, si el crédito era invertido en alguna de las actividades propias de la subvención, las sanciones eran menores (Hernández, 2013).

Para el año 2000 se expide el nuevo Código Penal o Ley 599 de 2000, sin embargo, aun cuando las críticas eran ampliamente conocidas por el Gobierno Nacional y Cuerpo legislativo, solo diez años después es que el Gobierno observa la necesidad de expedir un estatuto que regulara acciones en contra de la corrupción, ya que estas no solo obedecían a actividades industriales y agrarias.

He aquí en donde es expedida la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción como respuesta al deterioro de la ética en la sociedad con ocasión de sucesos de esa naturaleza, con el cual se pretendía la inserción de una serie de modificaciones a las normas penales ya existentes, que lograrán limitar el actuar de autoridades, como también en el ámbito privado, elevando penas frente a estas conductas, aumentando el término de prescripción de algunos ilícitos y eliminando beneficios que en ocasiones eran óbice para estos actos de corrupción (Hernández, 2013).

Adicionalmente, ese Estatuto fue la respuesta a algunos hechos de corrupción como el programa liderado por el Ministerio de Agricultura en el Gobierno de Uribe Vélez, denominado Agro Ingreso Seguro, y en el cual se pretendían la creación de estrategias para la promoción de la productividad y competitividad, para así generar menos desigualdades en el campo y prepararlo para la internacionalización de la economía. Este programa hoy ha sido altamente cuestionado, por haber otorgado estos incentivos o beneficios a personas que no eran merecedores de ello por su posición económica, sin embargo, sobre ello ahondaremos en el capítulo segundo de este escrito (Secretaría de Transparencia, 2016).

Solo a manera de referencia, éste fue uno de los casos más típicos frente al delito fraude en subvenciones, y por este motivo es que se trae a colación, por cuanto fue uno de los hechos de corrupción más conocidos en el país, y que a la fecha aún reposa en algunos despachos judiciales investigaciones y condenas por el actuar de autoridades y particulares.

De esta forma, el Gobierno Nacional, lideró la reforma a la Ley 599 de 2000, y como asunto novedoso, la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, trajo consigo la creación de un delito denominado fraude a subvenciones, en donde no existía limitación en la actividad que diera origen al engaño para obtener recursos públicos, ni en la clase de inversión que se hiciera. Dentro de la exposición de motivos presentada por el Gobierno, se dispuso que la creación de este delito obedecía a convenciones internacionales consagradas en algunos países del viejo continente, con lo cual se habría evitado la impunidad de delitos que presentan características

especiales, que incluso los pudiesen diferenciar de otro tipo de delitos como el cohecho (Secretaría de Transparencia, 2016).

Así mismo, los partidos políticos, tal como lo fue Cambio Radical, presentó una exposición de motivos, un poco más orientada a la corrupción por cuanto ello era lo que se pretendía, la creación de un Estatuto Anticorrupción. En aquella manifestaron que los actos de corrupción en los que encuadraba el fraude de subvenciones deterioraban al Estado Social de Derecho, siendo menester la búsqueda de mecanismos contundentes para combatirla, y de esta forma preservar los recursos públicos de la institucionalidad. Aseguraron en ese escrito, que existía una relación inversamente proporcional entre el nivel de desarrollo y los actos de corrupción, siendo esta una de las principales causas del subdesarrollo del país (Cambio Radical, 2010).

De esta forma, este proyecto de ley fue puesto a consideración de las respectivas plenarias del Congreso, en la que fueron cambiados una serie de términos como inhabilitación por inhabilidad, se adicionó el término subsidio como concepto de apoyo del Estado, y que debía provenir de una entidad del Estado, por lo que posterior a ello, fue expedida la Ley 1474 de 2011, que agregó el artículo 403 al Código Penal (Ley 599 de 2000), que tipificó 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 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 (Artículo 26, Ley 1474 de 2011).

Respecto del origen internacional que tuvo esta figura de fraude de subvenciones, Alemania fue pionera en ello, pues para la misma época en que en Colombia se estructuraba el Decreto 100 de 1980, el Código alemán contenía el delito *estafa en subvención* y que sancionaba a quienes suministraran información falsa, incompleta o incorrecta sobre la subvención que se pretendía acceder (Modelell, Gallego, y Bello, 2002).

En otros países como Italia y España, la figura también fue insertada en sus sistemas normativos penales, bajo la denominación de fraude a subvención, con la diferencia que en el primer caso era una tipología de estafa como agravante, y en este último caso, España lo incluyó como un delito socioeconómico (Modelell, Gallego, y Bello, 2002).

Dados los vínculos históricos y jurídicos de Colombia con este último país, a continuación, se destinan algunos párrafos para exponer las características de este tipo penal en España para así denotar las principales semejanzas y diferencias del fraude de subvenciones entre los ordenamientos penales de los dos países, lo cual resulta relevante para los fines de esta tesis de maestría.

El tipo penal de fraude de subvenciones en España

En ese país, el delito se encuentra consagrado en el artículo 308 del Código Penal, y pretende penalizar a quien obtenga subvenciones o ayudas de la Administración Pública, en cantidad superior o igual a cien mil euros, a través de la presentación de documentación falsa:

El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe (Artículo 308, Ley Orgánica 10 de 1995).

La conceptualización de la subvención desde la doctrina española es definida por Fernández (1983), como la atribución patrimonial de la Administración Pública normalmente dineraria, sin obligación alguna de devolución, afectada a un fin por el que se otorga, definición que obedece a la preocupación de poder asegurar al máximo los derechos e intereses con la parte subvencionadora.

Dentro de los elementos subjetivos de la subvención, lo relevante es el origen presupuestario público, y que a este accederían solo los particulares, por cuanto, frente a un ente público, continuaría siendo caudal del Estado, por lo que no habría transmisión de propiedad, sino transmisión de titularidad. Así mismo, dentro de los aspectos objetivos, la doctrina española señala que, al mismo tenor de la legislación colombiana, la subvención no requiere devolución, motivo por el que ha sido partícipe del concepto de donación, incluso haciendo la especial

aclaración en que la devolución solo sería procedente como obligación jurídica, ya que se podría exigir como consecuencia del incumplimiento de las cargas del beneficiario.

Ahora bien, un planteamiento interesante efectuado por la doctrina española es la subvención como factor criminógeno, por cuanto esta implica una prestación sin contraprestación equivalente, situación que se ve agravada según la doctrina española por la masificación a la que se ve sometida el sistema subvencionador y por lo tanto automatizado (Arroyo, 1987).

Según Ricardo Echavarría (2014), en el texto “Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español”, el delito de fraude de subvenciones tiene su razón de ser en la protección a la Hacienda Pública como un bien jurídicamente tutelado, del cual se desprende la obligatoriedad de la defensa de la actividad financiera desde el gasto, pues dado que el Estado destina recursos para subvencionar ciertas actividades, la rama judicial del poder público debe estar dispuesta y preparada para perseguir las conductas típicas y antijurídicas que amenacen la destinación correcta de ese erario.

Esto permite entender que el delito de fraude de subvenciones esté emparentado con otros tipos penales que protegen la Hacienda Pública, entendida esta última como un bien genérico. Por un lado, estarían los delitos respecto a los ingresos, por ejemplo, los de tipo tributario, y por otro los injustos penales respecto a los egresos, entre el cual figura la conducta reprochable estudiada en esta tesis de grado (Echavarría, 2014).

Una de las debilidades de esta figura en ambos sistemas, español y colombiano, es que resulta imposible la comprobación de todos los presupuestos de aquellos que acceden a la subvención, tornándose frágil la protección a los recursos de Administración Pública. Se adiciona que, aun contando con el recurso humano y material para realizar la validación de los presupuestos para acceder a la subvención, lograr la total permeabilización y protección de los recursos de la Administración se torna una carga para esta, por esto es por lo que se ha reforzado el carácter criminógeno de la subvención (Arroyo, 1987).

En Sentencia 669 de 2013, el Tribunal Supremo de Justicia de España, Sala de lo Penal, hace importantes precisiones sobre la clase de delito que es, indicando que tiene una connotación de “especial”, lo cual significa que el sujeto activo será si y solo sí el adjudicatario de la subvención:

Ha de tenerse en cuenta que este delito -el fraude de subvenciones - es un delito especial, en el que solo puede ser sujeto activo del delito el adjudicatario de la subvención, el beneficiario. De acuerdo con la distinción de beneficiario que proporciona el art. 11 de la Ley General de Subvenciones, por tal debe entenderse la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión (Tribunal Supremo de España, 2013, p. 6).

Sobre esto la doctrina española ha dicho que el sujeto activo es aquel que en el desarrollo de una actividad subvencionada, esté en posición de poder determinar el incumplimiento de una condición, y por ende, la frustración de la misma, por lo que el beneficiario, encargados y colaboradores podrán resultar autores del delito, posición que ha sido planteada de forma crítica frente al ejemplo del mandatario que actúa en representación de alguien, realizando con total autonomía la presentación de los documentos falsos. Si en este caso media confianza a ciegas en el comportamiento del mandatario, claramente el representado no reuniría las características del autor típico, como tampoco la conducta (Arroyo, 1987).

No obstante, al ser catalogado como un delito especial, genera una serie de dificultades para el tratamiento de la participación, último tema que no ha sido desarrollado aún por la doctrina colombiana, y sobre lo cual se ha propuesto que se inserte en la redacción que “el que obtuviere para sí o para un tercero una subvención...” y que no se generara un vacío referente a quienes participarían en la consumación del tipo penal.

Ahora bien, sobre el sujeto activo, el sistema judicial de España y la doctrina se han encargado de enfatizar la distinción que existe entre este tipo penal, y el de estafa, pues ha existido un énfasis sobre la relación entre esos dos injustos penales desde su introducción desde 1985 en el Código Penal, donde unos autores han abogado por el carácter dependiente del fraude de subvenciones, las desgravaciones y ayudas, por un lado, y la estafa, por el otro, mientras que otras han destacado las diferencias entre estos desde la subjetividad y objetividad del tipo penal (Martínez Buján, 2001).

Uno de los autores que ha sostenido la tesis de que son delitos separados que no cabe ubicarlos dentro de un mismo horizonte de responsabilidad es Martínez Buján (2001), quien sobre esa materia señaló:

El delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y el delito de estafa, poseen en principio ámbitos de aplicación perfectamente diferenciados, en virtud del cual cabe deslindar los casos en que se aplicaría el delito de estafa y los casos en que se aplicaría el delito de fraude subvenciones, desgravaciones y ayudas, sin que surja conflicto alguno. (p. 1535).

Dentro de las divergencias entre esas dos conductas antijurídicas, este autor ha aseverado que el delito de estafa debe ser considerado como de mayor gravedad que el de fraude, por lo que la ley penal deberá considerar al primero como principal y al segundo como subsidiario (Martínez Buján, 2001).

Sobre esta discusión, el Tribunal Supremo de España en Sentencia 234 de 2019, ha especificado que el sujeto activo de la estafa es quien emplee el mecanismo de la subvención como instrumento engañoso para llevar a cabo la defraudación, es decir, no destinar los recursos para el fin por el que fue otorgado; por su parte, el sujeto activo en el fraude a subvenciones es aquel en el que se haya acreditado que destinó los fondos para el fin en particular, aun cuando la documentación presentada sea falsa o no haya cumplido con las condiciones para su concesión.

En este sentido, ha precisado que en los “fraudes de prestaciones como las subvenciones el delito de estafa ha de apoyarse en un concepto funcional de patrimonio, hoy admitido, en cuyo seno la teoría de la frustración del fin proporciona el criterio para determinar el daño patrimonial”. Por lo tanto, en este sistema, la estafa se configura *ex post* al cumplimiento de los requisitos, ya que en él se omite la destinación legal que deba dársele a la subvención; y el fraude a subvenciones, radica en que pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada, se genera un engaño en cuanto a los requisitos de presentación y acreditación (Tribunal Supremo de España, Sentencia 234 de 2019).

He aquí una diferenciación con el sistema colombiano, por cuanto los supuestos mencionados para ambas tipologías son conductas abordadas por el ordenamiento penal. Tal como se expuso en líneas anteriores, en el marco de la conducta del fraude a subvención, es sujeto activo el que obtenga la subvención mediante engaños u omisión parcial o total de la información, o el que otorgue destinación distinta a la dispuesta por la Administración Pública.

Si bien por la distinta destinación que se dé a la subvención podría generarse similitud con el tipo penal de estafa, lo cierto es que, en el esquema colombiano, la conducta consiste en

dos verbos rectores, los que se estudiarán en el siguiente capítulo, que son, la obtención y la inversión. Así mismo, otro de los aspectos diferenciadores del tipo penal en el sistema colombiano y español, es que en este último existe un condicionamiento de la cuantía, “en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros (...)” (Cámara de Diputados, 1995), la cual se determinará por el importe de la cuota de interés de mercado del préstamo y la cuota del interés realmente establecido por el crédito oficial. Ahora bien, la cuantía mínima es asumida como una condición objetiva de punibilidad, sin embargo, deberá determinarse si esta es integrante de la infracción penal, del tipo de injusto, o si, por el contrario, es una mera condición objetiva de penalidad (Martínez Buján, 2001).

Habrà por eso estafa cuando el beneficiario, aun cumpliendo todos los requisitos establecidos *ex ante* para acceder a la subvención actúa con el plan preconcebido de omitir absolutamente la actividad que se comprometía llevar a cabo. El fraude de subvenciones opera en los casos en que pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada (lo que excluye el daño patrimonial de la estafa) se ha engañado al ente público concedente sobre los requisitos establecidos o cuando el propósito de desviar el importe de la subvención emerge con posterioridad (Artículo 308, Ley Orgánica 10 de 1995).

No sucede exactamente igual con las ayudas *ex post* en que la prestación patrimonial se somete exclusivamente a la comprobación de determinados requisitos no exigiéndose una aplicación específica (subsidios, premios y primas). He aquí una de las mayores diferencias con el esquema colombiano, por cuanto en este último no existe condicionamiento o supuesto referente a la cuantía de la subvención, basta solo con que se acceda y obtenga ella bajo engaños, u omisión total de información, o que se haya dado destinación diferente por la cual el Estado la otorgó.

Según Natalia Torres (2017), en el documento “Problemas de delitos contra la hacienda pública. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal”, el *quid* del fraude de subvenciones es que es un tipo penal que socava el bien jurídicamente tutelado de la Hacienda Pública de lo cual se deduce que el sujeto activo de la conducta está generando un detrimento hacia el Estado en cabeza del gasto que ese destina para cumplir sus fines esenciales.

Eso explica porque se haya en el mismo título que otras conductas antijurídicas como el fraude comunitario y el obstruccionismo fiscal toda vez que la voluntad del legislador español se

concentró en que el *ius puniendi* del Estado se activara cuando se estuviera afectando la actividad financiera de la Administración, tanto a nivel de los ingresos como de los egresos (Torres, 2017).

Una característica importante del sistema penal español y que no está presente en el colombiano, es que allí es posible activar el *ius puniendi* del Estado contra personas jurídicas y no solamente contra las personas naturales que las integran.

Esto es taxativo en el artículo 31bis, literal A de Código Penal español donde se fija taxativamente que las personas jurídicas serán penalmente responsables:

De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Y continúa explicando en su literal B que los demás individuos que estén subordinados a los anteriores también podrán generar responsabilidad penal hacia la organización en su conjunto:

De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. (Código Penal Español).

En España, esa posibilidad de persecución penal de las personas jurídicas ha tenido como punto de partida lo que se ha denominado como el “modelo de heteroresponsabilidad”, el cual se basa en el presupuesto de imputación del “hecho de referencia” o “hecho de conexión”, en el decir que las acciones de los miembros que conforman la persona jurídica, por su carácter delictivo, hacen que se extiendan a la empresa u organización, de tal suerte que ésta debe responder penalmente por las acciones de sus agentes (Moreno, 2019).

Con la Ley Orgánica de 2015 se amplió la anterior definición para reconocer que otros sujetos pueden suscitar la responsabilidad penal de la empresa por un hecho de conexión o de referencia cuando están autorizados a tomar decisiones en nombre y representación de esta, en forma permanente o *pro tempore*, tengan facultades de organización, o hagan parte de órganos internos de decisión (Gómez, 2015).

Hasta aquí es posible aseverar que el fraude de subvenciones será objeto de persecución del Estado tanto en personas naturales como en personas jurídicas, como quiera que la legislación española contempla el modelo de heteroresponsabilidad para hacer penalmente responsable a una organización empresarial.

No obstante, es necesario añadir que por vía jurisprudencial, específicamente a través de las providencias del Tribunal Supremo Español, se ha acudido también al denominado “modelo de autorresponsabilidad” para la persecución punitiva de las personas jurídicas, el cual se basa en el principio de que la empresa es responsable por lo que efectivamente puede realizar y no por la actuación de sus agentes, entendiendo lo primero como el deber de organizarse con legalidad y de conformidad con el Derecho, y de promocionarse una cultura organizativa que evite la infracción de la normatividad penal (Robles y Sánchez, 2010).

El presupuesto de este modelo no es el hecho de conexión o de referencia sino el “defecto de la organización”, esto es, que la comisión de un hecho punible se debió a las patologías de la persona jurídica en su configuración, en tanto materialización física, y no por la comisión de sus miembros:

Existe un deber general de organizarse correctamente, un deber de prevenir en cierta medida las posibles conductas delictivas que puedan cometerse a propósito de su actividad, cuya infracción con un fallo organizativo fundamentaría así su reproche social y penal. (Moreno, 2019, p. 330).

Al respecto, en la Sentencia, 28079120012016100112 del 29 de febrero de 2016, el Tribunal Supremo indicó:

El núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente

de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento" (p. 56).

Por todo lo anterior sobre la conducta típica y antijurídica de fraude de subvenciones en el sistema penal español es dable aseverar que será susceptible de ser perseguida y hallarse penalmente responsable a una persona jurídica, tanto desde la tesis de la heteroresponsabilidad explícita legislativamente, como desde la tesis de autorresponsabilidad, desarrollada jurisprudencialmente.

En consecuencia, la responsabilidad penal de las empresas respecto al fraude de subvenciones será tanto por la comisión del hecho punible por parte de sus agentes, el cual “contamina” o “rebota” sobre la persona jurídica, cuando se demuestre que estos tenían una posición de dominio o poder sobre la compañía o que por negligencia, imprudencia e impericia, se permitió que sus subordinados incurrieran en injustos penales valiéndose de la sociedad comercial (modelo heteroresponsabilidad), pero también cuando se pruebe que la misma estructura de la organización no era acorde con Derecho y por tanto sus “defectos” propiciaron la conducta reprochable (modelo autorresponsabilidad).

Lo anterior es una gran diferencia que existe con respecto al sistema jurídico colombiano, toda vez que, en Colombia no existe la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica.

Discusión sobre el bien jurídicamente tutelado en Colombia

El delito de fraude de subvenciones fue incluido dentro del capítulo de delitos en contra de la Administración Pública, por cuanto el legislador consideró que, con la consumación de las conductas, se lesionaba el bien jurídico del correcto funcionamiento de la administración pública.

Empero, un debate se ha generado en torno al bien jurídico tutelado que el delito de fraude de subvenciones vulnera, por cuanto existen posiciones que aseveran que es el orden económico y social el que se ve transgredido con la conducta propia del delito fraude a subvención y no el de la administración pública.

Hernández (2013), es uno de los expositores de esta posición, afirmando que este delito debió ser incluido en el título de aquellos que atentan en contra del orden económico y social, toda vez que la obtención de una subvención mediante engaño, o la destinación distinta dada a

ella, desconocen el interés del Estado de fortalecer o estimular un renglón económico, lo cual es propio de las distintas ayudas o auxilios que otorga el Estado a través de sus distintas Instituciones o entidades.

Así mismo, ha dicho que toda conducta que ponga en peligro la regulación jurídica del intervencionismo del Estado deberá ser catalogado como un delito en contra del orden económico y social (Hernández, 2000).

Otro autor adscrito a esa perspectiva es Forero (2020) para quien “es bueno agregar que existen otros delitos dentro del Título XV del Código Penal colombiano, que no debieran estar ahí, v.gr, el delito de fraude de subvenciones (artículo 403-A) que protege el orden económico-social”. (p. 219).

Por lo tanto, el debate ha radicado en si es el orden económico y social el bien que se tutela, por cuanto el fraude de subvenciones genera graves daños a la economía nacional y al patrimonio individual, o si, por lo contrario, el legislador acertó en incluirlo como un delito en contra de la Administración Pública.

Se considera que uno de los argumentos que favorecen el orden económico y social como bien protegido, consiste en que las subvenciones se originan en virtud del intervencionismo estatal que data de la década de los 90’s y principios del nuevo milenio, a partir del cual el Estado intervino en la explotación de recursos naturales, uso del suelo, producción, distribución, entre otros, como también incentivó algunos renglones económicos a través del otorgamiento de auxilios a personas que cumplieran con las condiciones respectivas (Melo, 2020).

Este intervencionismo significó, entre otros aspectos, mayores relaciones entre particulares y el Estado, tan es así que el Código Penal del 2000, creó nuevos delitos que precisamente pretendían la protección del bien jurídico del orden económico y social. Además, este bien jurídico tutelado, propende por brindar seguridad entre particulares y el Estado, precisamente por esa mayor interacción que se generaría entre estas partes, en donde el sujeto pasivo siempre será el Estado, tal como sucede en el delito fraude de subvenciones (Melo, 2020).

La Corte Constitucional (1999), respecto del intervencionismo y el bien jurídico del orden económico y social, indicó:

Este intervencionismo estatal que, como se anotó, actúa en las diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público, no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos, sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes a proteger ese bien jurídico denominado orden económico social. (C.C., Sentencia C-083 de 1999).

Ahora bien, en posición adversa, el legislador incluye al fraude de subvenciones en delitos en el título de delitos en contra de la Administración Pública. Para explicar ello, es necesario retomar el contexto bajo el cual fue creado este delito, que es, el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011.

El fraude a subvenciones es una de las respuestas al clamor general de generar mecanismos y herramientas en contra de la corrupción, más puntualmente, por los hechos sucedidos a través del programa Agro Ingreso Seguro. Evidentemente, la corrupción fue planteada como un flagelo que ponía en situación de riesgo el correcto desempeño de la función pública, además que reducía las posibilidades de los ciudadanos de recibir, en condiciones de igualdad, la prestación de servicios públicos (Chanján, 2017).

Al acceder a una subvención con engaños, e incluso en donde se vea la participación de funcionarios de la institución, se evidencia la corrupción, afectando de forma directa la Administración Pública y sus intereses, siendo este el razonamiento que dio soporte para considerar ese delito como atentatorio de ese bien jurídico protegido y no de otro.

De acuerdo con Chanján (2017), en todas las figuras de delitos creadas con vinculación a la corrupción, el bien jurídico general tutelado será el correcto funcionamiento de la Administración Pública, siendo la razón desde la Política Criminal, de la incriminación desde el derecho penal a las irregularidades que se puedan estar presentando. Deberá entonces, según este mismo autor, existir un bien jurídico específico, el cual será el auténtico objeto de esa conducta,

que, en el caso del delito de fraude de subvenciones, es la protección a esos beneficios que el Estado otorga y la destinación para la cual fue creada.

Sobre este debate es menester traer a colación nuevamente a España para así tener una visión comparativa entre el sistema jurídico colombiano y el del país europeo. Allí el fraude a subvenciones es un delito en contra de la Hacienda Pública, vista como el patrimonio del erario público desde una doble dimensión. La primera de ellas, en una consideración estática, que responde a la definición que la misma, está constituida por un conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico, y sobre las cuales, es titular el Estado. La segunda de ellas, en una consideración funcional, la Hacienda Pública hace referencia a la Administración y gestión de esta, que comporta la adquisición de recursos, ingresos públicos y la administración en sentido abstracto. Por tanto, no es tanto la cualidad pública del objeto patrimonial, sino que se hace referencia a determinadas funciones de la Hacienda Pública o del Patrimonio Público (Arroyo, 1987).

Esta posición comparte similitud con el actual ordenamiento jurídico penal colombiano, en el que el bien jurídico socavado es la Administración Pública por la lesividad que se genera en sus recursos públicos otorgados a través de las subvenciones, auxilios o ayudas, como atribuciones patrimoniales propias del Estado. Además, la figura del fraude a subvención en el sistema colombiano es acogido del sistema español, en donde en párrafos siguientes, se observará que dicho delito es de aquellos en contra de la Hacienda Pública, por cuanto se ha determinado que además de afectar el patrimonio público, a su vez incide en la función de aplicación del patrimonio, del gasto público, y este último en su dimensión funcional (Arroyo, 1987).

A esta discusión sobre si el injusto penal de fraude de subvenciones debe ser incluido dentro de los delitos contra la administración pública o contra el orden económico y social, vale agregar el inquirir si dentro de la según clasificación puede ser definido como un tipo penal en blanco.

El fraude de subvenciones como un tipo penal en blanco

Aquí resulta interesante abrir una discusión sobre si el delito de fraude de subvenciones puede ser considerado como un tipo penal en blanco, lo cual permitirá tener un panorama más amplio entre las definiciones anteriores y la acción penal que adelanta el Estado.

El concepto de tipo penal “en blanco”, ha sido entendido como aquellas conductas típicas y antijurídicas sobre las cuales el legislador menciona explícitamente un referente normativo específico, en el entendido de que la tipicidad taxativa solo es comprensible mediante la remisión o reenvío hacia otra norma de carácter extrapenal (C.C., Sentencia C- 091 del 15 de febrero de 2017).

El supuesto de hecho está desarrollado parcial o totalmente en una norma que no hace parte de la ley sustancial penal, recibiendo el calificativo de tipo penal en blanco “propio” cuando la remisión es entre disposiciones de la misma jerarquía e “impropio” cuando es de menor jerarquía, siendo en cualquiera de los casos un ejercicio de integración normativa (C.C., Sentencia C- 091 del 15 de febrero de 2017).

Para que esta clase de tipos penales sean validos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se deben cumplir el principio de legalidad en es decir que, una vez efectuada la remisión, a la norma correspondiente debe tener calidad, certeza, y precisión, en tanto honra de la taxatividad que subyace a cualquier tipo penal. Esto permite que todos los sujetos procesales puedan conocer el cometido del injusto o conducta reprochable, la cual, como cualquier otra disposición, debe ser pública, determinada y respetar derechos fundamentales (C.C., Sentencia C- 091 del 15 de febrero de 2017).

Para el autor de esta tesis de maestría, el fraude de subvenciones no puede ser calificado como un tipo penal en blanco puesto que no existe ninguna remisión explícita o tácita en el artículo 403 - A del Código Penal que amerite acudir a otra norma extrapenal de igual o menor jerarquía.

Finalmente, se pueden resaltar las 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 actos contra la ley de personas de altos niveles de la administración

pública, que generan cuantiosos recursos a quienes se aprovechan indebidamente de los recursos del Estado y causan grave perjuicio al avance económico del país (Vargas, 2017).

Para el autor de esta tesis de maestría, esto conlleva a decir que el ilícito de fraude de subvenciones 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.

En consecuencia, 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, mediante la unificación de criterios y aplicación de sanciones.

El fraude de subvenciones desde el punto de vista tributario

La “subvención” se define como “la acción y efecto de subvenir o subvencionar” o la ayuda económica que se da a una persona o institución para que realice una actividad considerada de interés general y “subvenir” como venir en auxilio de alguien o acudir a las necesidades de algo.

Según el Diccionario Económico y Financiero (Bernard-Colli) subvención es “el gasto otorgado a título definitivo a una persona pública o privada a fin de aligerar o compensar una carga o fomentar una actividad determinada” y, de modo más especializado, son “las transferencias efectuadas por una colectividad pública en provecho de otras colectividades públicas, instituciones sociales o empresas”.

Según la “Norma Internacional de Contabilidad 20”, referida a la “Contabilización de las Subvenciones del Gobierno e Información a Revelar sobre Ayudas Gubernamentales” las subvenciones pueden ser entendidas como ayudas que proporciona un gobierno en forma de transferencia de recursos a una entidad con el cometido que ésta se comprometa al cumplimiento de ciertas actividades operacionales (NIC, 2017).

Dentro de estas subvenciones se excluyen aquellas de las que no sea posible asignar una valoración, a la vez que incluyen las relacionadas con activos que el gobierno suministra a una

entidad con la condición de que ésta compre, construya o adquiera nuevos activos. Las subvenciones también pueden ser llamadas subsidios, primas, ayudas transferencias:

Las ayudas del gobierno revisten múltiples formas, pudiendo variar tanto en la naturaleza de la ayuda proporcionada como en las condiciones requeridas para su concesión. El propósito de estas ayudas puede ser el de incentivar a la entidad para emprender una determinada acción, que normalmente no hubiera emprendido de no contar con ellas (NIC, 2017).

En el ámbito supranacional, son múltiples las definiciones del concepto subvención. El “Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias” somete a disciplina la utilización de subvenciones, y reglamenta las medidas que los países pueden adoptar para contrarrestar los efectos de las subvenciones.

El citado Acuerdo, en su artículo 1, recoge una definición del término “subvención”, que comprende: “contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público” que otorgue un beneficio. Se entiende por contribución financiera las transferencias directas de fondos, incluidas las potenciales, los ingresos públicos sacrificados que de otro modo se habrían percibido y los bienes o servicios proporcionados por los poderes públicos, –que no sean de infraestructura general– o cuando un gobierno realiza pagos a un mecanismo de financiación, o encomienda u ordena a una entidad privada una o varias de estas funciones.

El sostenimiento por parte del gobierno de los ingresos o de los precios que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de un Miembro o reducir las importaciones de ese producto en su territorio.

El Reglamento UE, Euratom 966/2012, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento CE, Euratom 1605/2002 del Consejo, define las subvenciones como contribuciones financieras directas a cargo del presupuesto que se conceden a título de liberalidad con objeto de financiar cualquiera de las actividades siguientes:

Una acción destinada a promover la realización de un objetivo de alguna de las políticas de la Unión. El funcionamiento de un organismo que persiga un objetivo de interés general de la Unión o un objetivo que forme parte y apoye alguna de las políticas de la Unión.

Completa esta definición una relación de supuestos excluidos de la naturaleza de subvenciones recogidos en su artículo 121. Por su parte, el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, regulado en el Reglamento (UE) 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, define las subvenciones como pagos corrientes sin contrapartida que las administraciones públicas o las instituciones de la Unión Europea efectúan a los productores residentes, citando como objetivos de estas subvenciones: “influir en los niveles de producción; influir en los precios de los productos, o influir en la remuneración de los factores de producción”.

Asimismo, el citado Reglamento excluye del concepto de subvenciones una serie de pagos sin contrapartida como las transferencias corrientes de las administraciones públicas a los hogares en su calidad de consumidores, o las transferencias corrientes entre las diferentes administraciones públicas en su condición de productores de bienes y servicios no de mercado. La doctrina coincide en señalar tres notas características de las subvenciones.

La Administración concedente lleva a cabo un acto de disposición de gasto público del que se deriva un beneficio para el destinatario. El beneficiario recibe la subvención sin contrapartida o con ella. Los fondos objeto de la subvención se entregan con un fin de interés público, como ayudar a abrir nuevos negocios, ayudar a no cerrar negocios actuales, animar económicamente aun sector estancado, hacer los productos más competitivos en el mercado, mantener una economía estable, controlar la inflación, impedir el aumento del paro por cierre de industrias, programa de promoción del Empleo Autónomo, programas de apoyo a la creación y modernización de empresas, pago único o capitalización del desempleo, financiación bonificada, es decir, son casi infinitas las posibilidades para constituir una subvención.

En Colombia, puede apreciarse en el boletín de análisis histórico del producto interno bruto (PIB) del Sistema Estadístico Nacional (DANE), mediante el cual se articulan los indicadores de estadísticas básicas en los principales agregados macroeconómicos constituyendo una síntesis de la información de coyuntura teniendo como finalidad presentar oportunamente con periodicidad infranual la situación económica del país, en coherencia con las Cuentas Nacionales anuales, al presentar los resultados del PIB, las importaciones y los componentes de la demanda (Consumo Final, Formación Bruta de Capital y Exportaciones) efectuados durante cada trimestre, tanto a precios corrientes como a precios constantes del año 2015, por

encadenamiento, cifras que son utilizadas ampliamente por analistas, políticos, prensa, la comunidad empresarial y el público en general, para la toma de decisiones, se observa que en la publicación del II trimestre de 2020 los renglones de la actividad económica de interés para el estado, evidenciando en esta entrega el crecimiento negativo de la economía (véase Imagen 1).

Imagen 1

Boletín Técnico de la DANE, segundo trimestre de 2020

Actividad económica	Tasas de crecimiento		
	Serie original		Serie corregida de efecto estacional y calendario
	Anual	Año corrido	Trimestral
	2020-II ¹ / 2019-II ¹	2020 ² / 2019 ²	2020 ³ - II / 2020 ³ - I
Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca	0,1	4,0	-6,1
Explotación de minas y canteras	-21,5	-12,1	-18,5
Industrias manufactureras	-25,4	-13,2	-21,6
Suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado ²	-8,6	-2,6	-10,9
Construcción	-31,7	-21,0	-24,8
Comercio al por mayor y al por menor ³	-34,3	-16,5	-33,7
Información y comunicaciones	-5,2	-2,0	-4,1
Actividades financieras y de seguros	1,0	1,6	0,3
Actividades inmobiliarias	2,0	2,3	0,1
Actividades profesionales, científicas y técnicas ⁴	-10,2	-3,9	-11,8
Administración pública, defensa, educación y salud ⁵	-3,7	-0,6	-3,8
Actividades artísticas, de entretenimiento y recreación y otras actividades de servicios ⁶	-37,1	-20,1	-34,9
Valor agregado bruto	-15,7	-7,4	-15,8
Total impuestos menos subvenciones sobre los productos	-16,0	-7,5	-14,5
Producto Interno Bruto	-15,7	-7,4	-14,9

Fuente: DANE, Cuentas nacionales

¹ preliminar

² Series encadenadas de volumen con año de referencia 2015.

³ Suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado; distribución de agua; evacuación y tratamiento de aguas residuales, gestión de desechos y actividades de saneamiento ambiental.

⁴ Comercio al por mayor y al por menor; alojamiento y servicios de comida.

⁵ Actividades profesionales, científicas y técnicas; actividades de servicios administrativos y de apoyo.

⁶ Administración pública y defensa; planes de seguridad social de afiliación obligatoria; educación; actividades de atención de la salud humana y de servicios sociales.

⁷ Actividades artísticas, de entretenimiento y recreación y otras actividades de servicios; actividades de los hogares individuales en calidad de empleadores; actividades no diferenciadas de los hogares individuales como productores de bienes y servicios para uso propio.

Nota: tomado de DIAN (2020).

Sectores como agricultura, ganadería, caza, silvicultura (cultivo, cuidado y explotación de bosques), pesca, explotación de minas y canteras, industrias manufactureras, sector energético, suministro de electricidad y gas, construcción, comercio, comunicaciones, actividades financieras y de seguros, actividades inmobiliarias, actividades de producción de conocimiento científico, administración pública, defensa, educación y salud, actividades artísticas y de

entretenimiento, actividades de servicios, podrían interesarse en una subvención por considerarse actividades de interés público, o en circunstancias de interés social, creándose una relación jurídica que vincula a la Administración y al beneficiario el cual habiendo cumplido las condiciones legales, adquiere un derecho a recibir la subvención, obligándose en consecuencia a realizar la actividad beneficiada, constituyéndose en una parte importante de la actividad financiera del sector público, con la que se pretende dar respuesta a demandas sociales (Manrique, 2015).

Desde el punto de vista de la teoría económica, el fenómeno subvencional encuentra su justificación en la función de reasignación que debe cumplir la actividad financiera de la hacienda pública, y en la teoría de los fallos del mercado, según la cual las subvenciones se justifican por la necesidad de internalizar los beneficios de determinadas conductas, producciones y actividades, que generan externalidades positivas para la sociedad, beneficios que el mercado por sus fallos, no atribuye directamente a sus ejecutores, promotores o participantes (Pascual, 1980).

Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una de las herramientas más importantes empleadas por las Administraciones para el fomento de sus políticas públicas de interés general e incluso un procedimiento de colaboración entre la Administración Pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público (Pascual, 1980).

Desde la perspectiva financiera, constituyen una modalidad de gasto público que debe estar sujeto a las reglas para la ejecución de los créditos del presupuesto de gastos destinados a las subvenciones (Flores, 2011).

Desde el punto de vista contable, las subvenciones recibidas no reintegrables se califican como ingresos contabilizados, con carácter general, como patrimonio neto que se imputarán posteriormente a la cuenta de resultado económico patrimonial sobre una base sistemática y racional de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, mientras que las subvenciones recibidas reintegrables se registran como un pasivo hasta que adquieran la condición de no reintegrables (Flores, 2011).

La Administración, que está obligada a entregar las sumas pertinentes, se reserva para sí un haz de potestades como son: de Fiscalización e inspección de la actividad beneficiada; de

Revocación frente al incumplimiento del beneficiario; de Disciplina de tal actividad, en virtud de la cual puede imponer sanciones por la infracción (Manrique, 2015).

En las diferentes modalidades de asistencia gubernamental, las subvenciones se dividen en dos amplias categorías: subvenciones de reducción de costos y subvenciones de incremento de ingresos. En otras palabras, las distintas intervenciones gubernamentales se clasifican según si tienden primariamente a reducir el costo de producción y comercialización o a aumentar los ingresos de estas. No obstante, los efectos en los costos e ingresos de algunas intervenciones son ambiguos o dependen de otras condiciones. Se agrupan estos en la amplia categoría llamada Varios/Sin especificar. Cada una de estas amplias categorías se desglosa después en subcategorías que se relacionan con la forma y función del influjo en la producción, comercio y sostenibilidad de los recursos pudiendo incluir Transferencias financieras directas, Servicios y transferencias financieras indirectas, Intervenciones con diferentes efectos a plazos corto y largo, Ausencia de intervención, así como también subvenciones negativas, relativas a distintos impuestos y tasas, así como derechos de importación/exportación (Manrique, 2015).

En el siguiente cuadro se aprecian las Categorías de subvenciones relacionadas con los impactos en el comercio y la sostenibilidad de los recursos, líneas en las cuales podría presentarse el ilícito o fraude:

Cuadro 1

Categorías de subvenciones sobre las cuales recae el injusto penal

Comercio	Sostenibilidad
Reducción de costos	Reducción de costos
Reducción de costos de inversión	Expansión de capital
Reducción de precios de insumos	Reducción de costos de trabajo
	Varias reducciones de costos
	Exenciones y aplazamientos de impuestos
	Préstamos y reducción del costo de seguros
Intervenciones en el mercado	Intervenciones en el mercado
	Ciencia y ordenación pesqueras
Incremento de ingresos	Incremento de ingresos
Aumento del precio del producto	Sostenimiento del precio del producto
	Programas de compensación
Promoción de ventas	Promoción de ventas
	Aportaciones de capital
Medidas comerciales	Medidas comerciales
Varias/Sin especificar	Varias/Sin especificar
Medidas para reducir el esfuerzo de pesca	Programas de reducción de capacidad pesquera
Medidas de ordenación y reglamentación	Ciencia y ordenación pesqueras

Nota: elaboración propia con base en los datos precedentes.

Capítulo 2. Análisis dogmático y jurisprudencial sobre el tipo penal de fraude de subvenciones

Ese capítulo da cuenta de las características de la conducta típica y antijurídica de fraude de subvenciones desde los análisis a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre la estructura y objeto del delito, los sujetos activos y pasivos de la conducta, así como los elementos y comportamientos (dolo o culpa) que le dan origen.

Estructura y Objeto

El tipo penal de fraude de subvenciones es de aquellos autónomos, lo cual significa que para su interpretación no es necesario acudir a otro tipo penal, por cuanto aquel cuenta con todos los elementos propios para su aplicación. Sobre el particular, Velásquez (2017) afirmó: “Se alude a tipos autónomos para designar aquellos que, además de los elementos del tipo básico o fundamental, contienen otros que pueden ser nuevos o modificatorios de aquel cuya aplicación excluyen” (p. 408).

En cuanto a su objeto, explícitamente jurídico, se pretende la protección de la distribución y asignación de beneficios o subvenciones propios de la Administración Pública, con destinación de actividades económicas que sean interés del Estado. En este deberá intervenir, un sujeto que, mediante la acreditación de condiciones falsas exigidas para la concesión, ocultando aquella que

sea veraz, o en su defecto, no destinando los recursos para la finalidad que así el Estado ha determinado (Hernández, 2013).

Según Gómez Rivero (2008), la subvención, en finalidades estrictamente penales, deberá entenderse como aquella contribución patrimonial concedida por la Administración, sin carácter devolutivo, por lo tanto, la finalidad del legislador deberá entenderse que es la protección de ello. Incluso, en España se ha dispuesto que existen una serie de objetivos, los cuales se pueden diferenciar en dos tesis: funcional y patrimonial. La primera de ellas, consistente en que se debe reducir lesividad patrimonial, y la segunda, plantea que lo que pretende este tipo penal es la protección del interés económico de la Hacienda Pública (Echavarría y Ruiz, 2017).

El fraude de subvenciones en el sistema colombiano está dado por un objeto material que se concreta en la vulneración de un interés jurídico, que el legislador pretende proteger, esto es, la subvención proveniente de recursos públicos que son obtenidos de forma indebida para fines contrarios para los que fueron concedidos. Por lo tanto, el objeto de la acción penal que se activa es por la consumación de la conducta, que en este caso es la subvención de beneficios o recursos públicos que se otorga a un ciudadano que ha accedido a él, siendo esta la forma más frecuente de incidencia de los entes públicos en la economía (Hernández, 2013).

En este marco del objeto material y jurídico, se hace necesario hacer referencia a la real motivación que generó la tipificación de esta conducta en el Código Penal, que fue el escándalo suscitado por la aprobación de subsidios con fines agrícolas a través del programa Agro Ingreso Seguro, en donde personas que no cumplían con los supuestos exigidos para acceder a esta línea de subsidios, fueron beneficiadas con estos recursos. Esta situación fue el motivante para que se pensara en que, además de delitos como el peculado y falsedad en documento, existiese una disposición referida única y exclusivamente a la subvención y al fraude que se genera cuando se accede a ellas con documentos falsos, u ocultando información, o se destinan los mismos para fines distintos a los dispuestos por el Estado (Hernández, 2013).

Sujetos

Según Sánchez (1997) el fraude de subvenciones es un tipo penal especial, bajo el supuesto que quien obtiene la subvención es quien la solicita, en tanto condición para su consumación. De igual forma sucede con quien accede bajo supuestos veraces a la subvención, sin embargo, la destina a fines diferentes por los cuales se concedió, en donde deberán cumplirse

esta dualidad de condiciones, esto es, que quien desvíe los recursos a una finalidad distinta, sea el mismo que los haya solicitado y recibido.

En la mayoría de los delitos en contra de la Administración Pública, verbigracia, concusión, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abuso de función pública, peculado, el sujeto activo serán servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas o administrativas, *empero*, para el caso del delito que nos ocupa, es necesario hacer la distinción del tipo de sujeto, conforme a los elementos de la estructura del tipo penal que propician la clasificación de los delitos desde lo objetivo y subjetivo. Este delito dispone:

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 (Artículo 26, Ley 1474 de 2011).

De la anterior disposición, es dable identificar que estamos frente a un tipo penal con sujeto monosubjetivo, esto supone que solo una persona podrá realizar la conducta, sin embargo, no es excluyente de que pudiesen concurrir varias, por cuanto en la realidad, quienes acceden a este tipo de subvenciones, en la mayoría, son personas jurídicas que se dedican a una actividad puntual que el Estado desea impulsar, como lo fue en su momento la agricultura a través del programa Agro Ingreso Seguro en virtud del Tratado de Libre Comercio (Hernández, 2013).

Esto es una dificultad para el país, por cuanto no existe un régimen claro de responsabilidad penal para las personas jurídicas como quiera que en Colombia el *ius puniendi* del Estado solo se activa sobre personas naturales y no jurídicas pues la Fiscalía General de la Nación y lo jueces no tienen competencia sobre empresas, sino únicamente sobre sujetos individuales que lleven a cabo la comisión de un hecho punible por si solos o por medio de otros, o que ordenen, propongan o induzcan a la comisión del crimen, a título de autor, coautor o participante, o que contribuyan de alguna manera, en grado de tentativa o por consumación, a la realización de la conducta típica y antijurídica (USAID, 2017).

La legislación penal evita que sean judicializadas las empresas en su conjunto pues se requiere primero levantar el velo corporativo para ejercer la potestad punitiva del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional ha dispuesto que, las sanciones que podrán ser impuestas a las personas jurídicas, deberán ser susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos, en la medida que así lo solicite quien ejerce la respectiva defensa del bien jurídico protegido (C.C., Sentencia C-083 de 1999).

Por lo tanto, solo podrán ser sanciones pecuniarias, como, por ejemplo, la cancelación del registro mercantil, suspensión de una obra, cierre definitivo del establecimiento o de las instalaciones. Por lo tanto, son sanciones que podrán recaer sobre el factor dinámico de la empresa, como lo es, su patrimonio, siendo totalmente contrario a las funciones intrínsecas de la pena. Sin embargo, esta misma corporación dispuso que “la determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable” (1998), más aún cuando lo que se pretende es la mejora de instrumentos de defensa colectiva que garanticen el poder avanzar en términos de justicia. Por lo tanto, quien cometa esta conducta, es decir, quien acceda a una subvención con documentación falsa, callando total o parcialmente la verdad, o quien destine los recursos a fines distintos, será el sujeto activo.

Si bien lo anterior es cierto, es necesario matizar que la acción penal sobre las personas naturales que conforman la sociedad comercial eventualmente podría generar que estas tengan que responder penalmente. Lo anterior, a través de la figura conocida como actuar en lugar de otro y regulada en el Art 29 del Código penal. Asimismo, responderá pecuniariamente con sus acciones y/o con el patrimonio de la empresa, lo que en últimas terminaría afectando la estabilidad financiera y contable de la organización que se prestó para la comisión del delito de fraude de subvenciones.

A esto se podría agregar, en gracia de discusión que, aunque en el país no es posible activar la potestad punitiva del Estado sobre personas jurídicas, sí existen mecanismos en el derecho civil y laboral para responsabilizar a los representantes legales o empleadores por lo realizado por sus subordinados. Así lo han señalado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional a través del concepto de culpa *in vigilando, in eligendo*.

En esta misma línea de intelección, la Corte Constitucional explicó que este tipo de responsabilidad civil se imputa bajo la presunción legal sobreviniente a una persona que a pesar de no ser la causante directa o inmediata de la perturbación o menoscabo al interés jurídico legítimo de un tercero, si está llamada a responder por la misma en la prerrogativa de incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar al causante de la afectación con el cual tiene un vínculo obligacional de jerarquía (*culpa in vigilando o in eligendo*). Esta responsabilidad tiene su razón de ser en el deber constitucional y legal de reparar a la víctima de un insuceso “en consideración a la previsible incapacidad física o patrimonial de quien lo ocasiona en forma inmediata y la relación de dependencia o cuidado de éste con el civilmente responsable” (C.C., Sentencia C-1235 de 2005).

De acuerdo con esto, si la conducta típica y antijurídica de fraude de subvenciones es cometida por miembros de una estructura organizacional, será posible incoar acciones legales, tanto penales, civiles y laborales, contra los que tienen un poder de dirección o un dominio social efectivo sobre la persona jurídica, en virtud del injusto penal incurrido por sus subordinados.

Lo anterior permite aseverar nuevamente que, si bien en Colombia no existe responsabilidad penal sobre las personas jurídicas, si existe múltiples mecanismos para perseguir, tanto en la jurisdicción penal como en otras, a los que incurran en conductas contrarias al ordenamiento jurídico basándose o utilizando a la organización empresarial.

Ahora bien, tal como mencionamos en apartes anteriores, el delito de fraude a subvenciones es de aquellos en donde el sujeto activo es de tipo especial o calificado, lo cual supone que solo podrán ser cometidos por sujetos que cumplan con las calidades dispuestas en el tipo penal, en este caso, que sea la misma persona quien solicitó y accedió a la subvención, como también, quien haya hecho destinación diferente, sea quien lo haya solicitado. Por lo tanto, en este tipo de delitos, la calidad especial del sujeto activo es determinante para la existencia de este, incluso, se torna determinante para la existencia de la consumación del tipo penal, la calidad especial que debe tener este sujeto activo. Si esta condición no se cumple, la conducta sería atípica (Hernández, 2013).

Con la redacción del tipo penal, es dable concluir que el sujeto pasivo será el Estado por cuanto los recursos públicos objetos de subvención son propios de este, además que el fraude a

subvención es un delito en contra de la Administración Pública, por cuanto se encuentra dentro del título de delitos en contra de ésta, según su ubicación en el artículo 403 - A del Código Penal.

Sobre esto no existe debate, por cuanto desde su génesis que es la expedición de la Ley 1474 de 2011, en la exposición de motivos, se dispuso que la inclusión de este delito en el marco del Estatuto Anticorrupción obedecía a ese requerimiento de contar con herramientas jurídicas que penalizara el comportamiento de acceder a beneficios estatales, bajo los supuestos ficticios, o que, siendo veraces, se les dé destinación distinta (Hernández, 2013).

Es por ello por lo que se ha dicho que el derecho penal es concebido entre muchas de sus acepciones, como la herramienta idónea para combatir la corrupción, ya que a través de esta es posible imponer sanciones a infractores de la ley penal. Según Chanján (2017), el derecho penal frente a la Administración Pública cumple una doble finalidad, que son, como mecanismo estatal de control social y como aquel que interviene en el ámbito estatal:

El Derecho penal, en tanto mecanismo estatal de control social, va a legitimarse cuando tenga como finalidad prevenir estos actos de corrupción pública –respetando garantías fundamentales– que ponen en grave riesgo el correcto desempeño de la función pública y, por ende, en última instancia, afecten el disfrute de los derechos fundamentales de las personas. El Derecho penal merece intervenir en este ámbito, dado que los actos de corrupción pública constituyen actividades que reducen las posibilidades de que los ciudadanos reciban en condiciones de igualdad los servicios públicos por parte del Estado (Chanján, 2017, p. 3).

Sin dar un giro en contravía al tema que nos ocupa en este análisis, encontramos entonces conexidad entre el hecho que el Estado sea sujeto pasivo, y que el derecho penal sea una herramienta de intervención para proteger a ese sujeto pasivo, administrador y ordenador del erario. Lo cierto es que este el Estado será el titular de ese bien jurídico vulnerado, que es la Administración Pública, como a su vez los recursos que esta maneja, en virtud de una conducta que atenta contra el correcto funcionamiento del aparato estatal, todo ello posible a que media el derecho penal como “mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos” (Chanján, 2017, p. 27).

Conducta

Tal como se mencionó en apartes anteriores, el fraude a subvenciones supone la existencia de una atribución patrimonial de la Administración Pública, que se otorga en dinero o en especie a un beneficiario, sin obligación de devolución, a la cual se accede bajo engaños u omisión total o parcial de información, o quien, obteniéndola de forma legítima, le da destinación distinta (Fernández, 1983).

Por lo tanto, la conducta de este tipo penal se conforma por una serie de comportamientos que serán: la presentación de documentación falsa a la solicitud de acceso a la subvención, omitiendo información importante al proceso, por ejemplo, que no es el titular de la propiedad ni cultivos por los cuales desea acceder al subsidio, y por supuesto, cuando habiendo obtenido la misma, se utilice para realizar un gasto personal, y no para el fin inicialmente motivado por la Administración (Hernández, 2013).

De esta forma, las conductas se podrían resumir en: engaño, omisión parcial o total de información, y destinación distinta a la subvención, siendo menester definirlas de acuerdo con la doctrina aplicable y el Real Diccionario de la Lengua Española; el engaño es definido por la RAE, como la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre (RAE, 2014).

Esta definición, en poco o nada se aparte de aquella dada por la doctrina en cuanto a que el engaño es una “[...] inveracidad que será determinante en una situación concreta [...]” y la omisión, según este mismo diccionario, se define como “abstención de hacer o decir” a lo que sería procedente agregar que deberá resultar eficaz a un tercero, por cuanto entonces dejaría de ser engaño para aquel, y omisión para este. Por lo tanto, en ambos supuestos, se exige que medie inducir al error a una persona, que en este caso será el Estado representado a través de sus funcionarios o servidores públicos, que serán finalmente aquellos encargados de autorizar o verificar el cumplimiento de requisitos del solicitante de la subvención (Corredor, 2011).

Ahora bien, es importante hacer la conceptualización de estas conductas, por cuanto son aquellas que darán lugar al verbo rector del tipo penal que es, la obtención; es decir, la obtención de la subvención bajo la modalidad de este delito será posible a través de: engaño, y omisión total o parcial de la información. Es por ello por lo que se ha dicho que es un tipo penal de resultado, ya que requiere que se logre la obtención de la ayuda o el auxilio dado por el Estado,

es decir, exigen la producción de un resultado separable espacial y temporalmente de la conducta (Stubiger, et. al, 2012).

Así mismo, lo ha dejado por sentado la Corte Suprema de Justicia, al establecer que se está frente a un delito de resultado ya que comprende una exigencia que el sujeto activo haya obtenido la subvención, por lo que el momento consumativo solo se verificará con la transferencia efectiva de los recursos públicos (C.S.J., Sentencia AP1516 del 30 de abril de 2019).

Esta acotación efectuada por esta Corporación es vital en el análisis que se enmarca en el presente documento, por cuanto en lo que respecta al verbo rector *obtener*, este no solo supone el reconocimiento o la viabilidad emitida por la entidad pública al otorgamiento de la subvención, sino la transferencia efectiva, es decir, que se configure la entrega material del recurso, ayuda, auxilio, etc. Es dable concluir entonces que frente a casos en donde se haya emitido solo la viabilidad de dar esta subvención a una persona, que haya engañado a la Administración Pública, estaríamos frente a la tentativa (C.S.J., Sentencia AP1516 del 30 de abril de 2019).

Sin embargo, existirá también un grado de tentativa frente a este delito, que ocurrirá cuando se realizaron algunos de los comportamientos descritos anteriormente, esto es, engaño u omisión a través de presentación de información inveraz, por ejemplo, pero que no se logre la obtención de la subvención debido a que la Administración evidenció a tiempo la irregularidad o el posible comportamiento que pretendía engañar al servidor público a cargo de la recepción de información o documentación (C.S.J., Sentencia AP1516 del 30 de abril de 2019).

De acuerdo con la clasificación de los tipos penales de resultado, el fraude a subvención corresponde a un delito de lesión por cuanto exige un resultado, que es, la obtención efectiva de las ayudas o auxilios, en el cual se genera una lesión efectiva del bien jurídico tutelado que es, el correcto funcionamiento de la Administración Pública (Stubiger et.al, 2012).

El segundo verbo rector, *invertir*, supone también un análisis en lo que enmarca la conducta pues como se mencionó, este tipo penal no solo se configura con la obtención de la subvención, sino con su inversión o destinación a fines totalmente distintos. Deberá entenderse que, “(...) 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” (Artículo 26, Ley 1474 de 2011),

hace referencia al gasto del recurso del Estado en finalidad distinta a la dispuesta por la Administración.

Hernández (2013) trae a colación un ejemplo en el que un agricultor accede a este beneficio consistente en el otorgamiento de recursos para la reforestación de una zona de riego, sin embargo, lo destina para la compra de ganado. Será una conducta delictual quien realice esto, como a su vez quien guarde la totalidad o parcial del recurso en una caja fuerte o deposita en un banco, es decir, que según este autor, con la no utilización material de los recursos también se configura este tipo penal, por cuanto en definitiva, no se les da la destinación para el cual fue otorgada, ya que con esto también se está desconociendo el interés del Estado de estimular sectores económicos, como lo fue el caso de Agro Ingreso Seguro, a través del cual se le pretendía dar a la agricultura incentivos, en virtud del Tratado de Libre Comercio.

Es menester decir a modo de crítica que el legislador no condicionó la conducta que implica este tipo penal, a una cuantía para efectos de determinar la pena, desconociendo el principio de proporcionalidad, siendo este un bien inherente a la acción penal y sistemas jurídicos de la actualidad, ya que supone la determinación del castigo con la mayor precisión respecto de la gravedad de la falta (Henaó y Noreña, 2015).

Esta situación ha generado una serie de debates, por cuanto se ha dispuesto que los fines de la pena no son conexos a los fines del principio de proporcionalidad. A su vez, este tipo penal no condiciona la consumación de la actividad a grado de instrucción, desconocimiento, o ignorancia, teniendo en cuenta que, a estas subvenciones en la mayoría de los casos, acceden personas con bajos grado de escolaridad, por lo que podrían dar una destinación distinta en virtud de esto. Ante ello se ha establecido que, se podrá dar aplicabilidad a la causal de ausencia de responsabilidad por error de tipo, o sobre la antijuridicidad de la conducta, de conformidad a lo estipulado en el Código Penal, artículo 32, numeral 10 y 11 (Hernández, 2013).

Dolo, culpa o preterintención en el fraude de subvenciones

El fraude de subvenciones es una conducta típica y antijurídica cuya comisión es de tipo doloso puesto que media la volición y cognición por parte del sujeto agente de ir en contravía del ordenamiento penal, en otras palabras, que existe voluntad y conocimiento previo de la realización de una conducta reprochable (Bernal y Díaz, 2021).

En efecto, el artículo 403-A del Código Penal utiliza el verbo rector obtener y engañar para denotar que la actuación del sujeto es intencional tendiente a recibir una ayuda proveniente del Estado cuando no cumple con las condiciones de ese beneficio, pero aun a sabiendas de ello propende por irrogar el daño al bien jurídicamente tutelado de la Administración Pública a través del desfaldo del erario (Bernal y Díaz, 2021).

Esta modalidad dolosa va acompañada con la exigencia de resultado puesto que en el camino criminal la conducta no se queda en la ideación y planeación, sino que asciende hasta la ejecución y consumación, situación que implica una voluntad y conciencia previa sobre la comisión de la conducta punible (Hernández, 2013).

Al ser doloso, el fraude de subvenciones comporta que haya una obtención efectiva de la subvención puesto que la intención no materializada en el recibimiento del dinero por parte del Estado relegaría la conducta a una mera tentativa: debe haber una la entrega material del recurso para que se consume la conducta previamente ideada y planeada en la mente del sujeto activo (Hernández, 2013).

El fraude de subvenciones en grado de tentativa se produciría cuando se engañó a la Administración y se omitió u ocultó información en torno a las calidades del beneficiario, pero que no se logró la obtención de la subvención debido a que el Estado actuó antes de la consumación del delito (Hernández, 2013).

Lo anterior reitera el hecho de que ese delito es doloso en cuanto al resultado puesto que se requiere una consecución final que lesione el bien jurídico protegido. Lo anterior comporta afirmar que el fraude de subvenciones no admite la modalidad preterintencional ni culposa. (Vargas, 2017).

En el primer caso porque no se puede afirmar que el sujeto activo tenía la intención de realizar un daño pero que en el curso de su actuar excedió la finalidad propuesta y suscitó un daño mayor, puesto que desde el primero momento de configuración del fraude de subvención queda de manifiesto la actuación dolosa del sujeto determinante (Vargas, 2017).

Aquí es menester recordar lo dicho por Bernal y Díaz (2021), para quienes la realización de la conducta puede provenir de parte de servidores públicos o de particulares puesto que el

dolo no cualifica al sujeto del delito sino a la intención y volición que tuvo para cometer el injusto penal, que en este caso involucra una irrogación hacia el Estado como sujeto pasivo:

La conducta debe generar un perjuicio considerable para que se le realice posteriormente el juicio de reproche a esta misma, porque de lo contrario carecería de la característica principal de esta categoría dogmática que sería poner en efectivo peligro los derechos abstractos que protege el Estado a través de la legislación penal. (p. 101).

Igualmente, tampoco es posible hablar de culpa entendida como la no intención de cometer el delito pero que en virtud de un actuar con negligencia, imprudencia o impericia, se incurrió en ese daño contra el bien jurídico tutelado.

Para que el fraude de subvenciones se configure debe existir la volición y cognición para llevar a cabo el injusto penal, esto es, la intención positiva de cometer el delito y no puede endilgarse a un exceso en el límite de los riesgos permitidos, a la falta de conocimiento o experiencia, o a la no actuación diligente, para decir que hubo culpa y no dolo en el ilícito.

A la par que el fraude de subvenciones es doloso y no puede ser culposo o preterintencional, también es menester aclarar que para el sujeto agente la conducta punible es por acción y no por omisión puesto que hubo la ejecución consciente de una actividad contraria a derecho y no un dejar a hacer o una falta al deber objetivo de cuidado o posición de garante.

Al respecto Vargas (2017) recuerda que la modalidad dolosa puede recaer sobre una o varias personas puesto que, a diferencia de otros delitos, el fraude de subvenciones es en esencia monosubjetivo, esto es, que es suficiente que un individuo cometa el delito, el cual a su vez puede ser indeterminado ya que no se demanda una cualificación o característica especial para que sea procedente.

El receptor de ese dolo será en todas las ocasiones el Estado como quiera que el delito afecta el bien jurídico de la Administración Pública, al ocasionarse un detrimento patrimonial sin que se permita la consecución de la finalidad de la subvención, ayuda o subsidio otorgado; aquí se ve nuevamente el carácter doloso del sujeto activo puesto que tuvo que haber existido ese daño proveniente de una obtención mediante engaño, u ocultamiento de información, de las acreencias para ser beneficiario de este erario. De allí que su inclusión taxativa en el ordenamiento penal ha tenido:

La 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. (Vargas, 2017, p. 61).

Este carácter doloso coincide con la legislación española sobre el fraude de subvenciones puesto que en ese ordenamiento también se requiere una actuación intencional y positiva de generar un daño por cuenta de la obtención de subvenciones o ayudas falseando y ocultando información sobre las condiciones requeridas por el beneficiario, de tal suerte que el que pretende recibir el subsidio sin cumplir con la cualificación para ello, propende por engañar al sistema para su propio beneficio. Esto por supuesto no es un actuar culposo o preterintencional sino claramente doloso. En esto coinciden los dos países estudiados en este trabajo de grado.

Conclusiones

Conclusión 1

Una de las finalidades de la creación de un Estatuto Anticorrupción, y con éste la tipificación de la conducta penal del fraude de subvenciones, era poder brindar seguridad a las relaciones de carácter social y económico entre particulares y el Estado, y que de esa forma se garantizara el correcto funcionamiento del aparato estatal o Administración Pública. Era menester la implementación de controles desde el derecho penal, que prestaran especial atención a las ayudas económicas o auxilios que se otorgaban desde el Estado, ya que es esa herramienta – derecho penal- la que permitiría contar con la certeza que las ayudas serían entregadas a quien realmente cumpliera con los supuestos y requisitos.

Es por ello por lo que la creación de este delito ha resultado de trascendental importancia para las políticas de intervencionismo del Estado en la economía, a nivel nacional e internacional. Sin embargo, algunos de los vacíos evidenciados en el actual ordenamiento jurídico colombiano, se determinan a partir de aspectos como la cuantía, en el que como se mencionó, el tipo penal no establece cuantía determinada para generarse el delito, lo cual supone que es tan delictual acceder a una subvención de \$100 bajo engaños, y destinar la subvención de \$250.000.000 a fines distintos por los cuales otorgó al Estado, caso en el cual se presenta un debate de ausencia del principio de proporcionalidad, que permita a partir de criterios de cuantía, la penalización.

Adicionalmente, se considera que la redacción del tipo penal es amplia, lo cual permite que se presente concurso de delitos, siendo prueba de esto que la destinación distinta de los recursos del Estado podría configurarse como estafa, tal como sucede en el sistema español. Sería menester adoptar mayor similitud de este ordenamiento, al colombiano, toda vez que aquel ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que permitió evidenciar falencias al tipo penal respectivo en Colombia, verbigracia, la imposibilidad de activar el ius puniendi del Estado contra personas jurídicas, óbice que no existe en el ordenamiento español.

Conclusión 2

Con la evolución tanto del desarrollo del Estado como de las empresas así como de los intereses de los particulares en su relacionamiento entre sí, la ampliación cada vez mayor del radio de acción en los renglones económicos para incentivar, las diferentes modalidades de apoyo directamente desde el Estado por intermedio de Estado e incluso subvenciones que no provendrían del sector público sino de la ayuda privada, el delito en comento podría reubicarse desde un delito contra la Administración Pública hacia un delito en contra del Orden Económico y Social. Para ello sería necesario centrar el debate si el bien jurídico protegido es la Administración Pública y/o la afectación al orden económico y social.

Conclusión 3

Continuar con el seguimiento y evolución de los casos, la caracterización de los hallazgos, así como la tipificación de los detalles en continúa comparación con la evolución de la jurisprudencia a nivel internacional, posibilitará realizar los ajustes que facilitarán el moldeamiento necesario para el cubrimiento integral del delito en la jurisprudencia colombiana.

Si bien Colombia reconocida como una de las democracias más antiguas de América Latina, que ha ido construyendo una cultura política permeada por una economía con capacidad para imponerse a la política para asaltar desde allí al Estado y a la sociedad, necesariamente se generan ambientes propicios para el delito, toda vez que se ha ido configurando un sistema económico, un régimen político y una sociedad propensos al asocio y uso de la ilegalidad lo que ha permitido ampliar sus radios de acción adquiriendo capacidad para incidir en agendas gubernamentales y desviar recursos, delitos que deben ser intuidos y buscados cuando se detecte este tipo de relacionamiento.

Es por esto por lo que se creó el delito denominado fraude de subvenciones, en donde no existe limitación en la actividad que diera origen al engaño para obtener recursos públicos, ni en la clase de inversión que se hiciera pretende dar respuesta a los hallazgos. Así mismo, la pretensión de Colombia de hacer parte de mercados económicos bilaterales y multilaterales obligó a que prestara especial atención no sólo a las normas que permitieran el otorgamiento de ayudas económicas del Estado a los particulares, sino a los controles que desde el punto de vista del derecho penal debían ejercerse para tener la certeza de que ese dinero sería entregado sólo a quienes realmente lo necesitan, satisfaciendo las condiciones para recibirlo y cumpliendo con los compromisos adquiridos.

Dentro de la exposición de motivos presentada por el Gobierno, se dispuso que la creación de este delito obedecía a convenciones internacionales consagradas en algunos países del viejo continente, con lo cual se habría evitado la impunidad de delitos que presentan características especiales, que incluso los pudiesen diferenciar de otro tipo de delitos como el cohecho.

Conclusión 4

El reconocimiento de las subvenciones está directamente relacionado con el momento en el cual la entidad cumple las condiciones establecidas por el Gobierno y el reconocimiento de los beneficios derivados de una subvención de la institucionalidad depende exclusivamente de las condiciones mismas de la subvención. La entidad debe establecer las condiciones en las cuales recibe la subvención, y determinar si está obligada a cumplir con algún requerimiento futuro en virtud de esta. De estas conclusiones dependerán los requerimientos de reconocimiento de la subvención. Las posibilidades son:

Subvención incondicional: la entidad recibió la subvención porque cumple (o cumplió) los requerimientos establecidos por el Gobierno para hacerse acreedor a la ayuda, y no está obligada a cumplir requerimientos adicionales futuros.

Subvención condicional: la entidad recibió la subvención porque cumple (o cumplió) unos requisitos establecidos por el Gobierno, pero debe cumplir otros requisitos posteriores.

En ambos casos es vital identificar cuáles son los requisitos exigidos por el Gobierno para gozar de los beneficios de la subvención, y en qué momento la entidad ha cumplido con ellos,

debido a la complejidad en el tipo de ayuda otorgada por el Estado la cual bien podría incluir transferencias financieras directas, servicios y transferencias financieras indirectas, intervenciones con diferentes efectos a plazos corto y largo, ausencia de intervención, así como también subvenciones negativas, relativas a distintos impuestos y tasas, así como derechos de importación y exportación.

Conclusión 5

El tema por su complejidad y profundidad se halla en plena evolución, caracterización, tipificación, y ávido de más desarrollo jurisprudencial. Este trabajo de maestría espera haber contribuido al debate sobre la relevancia de ese tipo penal dentro del combate contra la corrupción, el fortalecimiento de la institucionalidad y en últimas, la identificación de las falencias del tipo penal de fraude de subvenciones y las propuestas para su subsanación, de manera que de la conducta antijurídica sub examine, dimane un robustecimiento cada vez mayor de la potestad punitiva del Estado colombiano.

Referencias

- Arroyo, L. (1987). *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Editorial H de E, Minuesa, S.L.
- Bernal, D., y Díaz, D. (2021). Perspectiva del fraude a subvención en el derecho colombiano: un análisis desde la función pública. *Derecho y Realidad*, 19 (38), pp. 95-112. <https://vlex.com.co/vid/perspectiva-fraude-subvencion-derecho-897281476>
- Cámara de Diputados. (1995). Ley orgánica 10 por la cual se expide el Código Penal de España. Publicada en BOE 2 de marzo de 1996.
- Cambio Radical. (2010). *Exposición de Motivos Ley Anticorrupción*. Congreso de la República de Colombia.
- Chanján, R. (2017). El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamentos de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Revista Derecho Penal y Criminología*, pp. 121-150.
- Código Penal Español. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

- Congreso de la República. (2011). Ley 1474 de 2011., art. 26. Bogotá: Publicado Diario Oficial. 48.128, julio 12 de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 091 del quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (M.P.), María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-091-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-083 del 17 de febrero de 1999. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1235 del veintinueve (29) de noviembre de dos mil cinco (2005), Magistrado Ponente (M.P.), Rodrigo Escobar Gil.
- Echavarría, R. (2014). Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (16). <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>
- Fernández. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Monografía.
- Flores, J (2011). Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno: El caso de la concesión de obra pública. *Revista de derecho* (37), pp. 329-367.
- Forero, C. (2020). El bien jurídico protegido en el delito de defraudación o evasión tributaria. Una visión desde las legislaciones colombiana y española. *Revista Nuevo Foro Penal* (95), pp. 192-233.
- Giraldo, M., y Gómez, C. (1986). *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Parte especial Vol. III*. Editorial Colección pequeño foro.
- Gómez, M. (2015). *Comentarios al Código penal*. Editorial Lex Nova.
- Hernández, H. (1991). Los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. *Revista Derecho Penal y crédito oficialmente regulado* (Vol. XIII) No. 4., 82.
- Hernández, H. (2000). Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, (21)70, pp. 35-52.
- Hernández, H. (2013). El nuevo delito de fraude a subvenciones. *Revista Derecho Penal y Criminología* (36), pp. 31-55.

- Manrique, L. (2015). *La subvención en la legislación colombiana*. Trabajo de grado, Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/13384/u722225.pdf?sequence=1#:~:text=En%20su%20concepto%2C%20es%20una,p%3%BAblicos%2C%20sin%20necesidad%20de%20coacci%C3%B3n>.
- Martínez Buján, C. (2001). *Las relaciones entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones en el nuevo C.P español de 1995*. Editorial Navarra.
- Melo, J. (8 de mayo de 2020). *El bien jurídico del orden económico y social en Colombia en momentos de crisis sociales y económicas*. Página web. https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/penal/el-bien-juridico-del-orden-economico-y-social-en-colombia-en-momentos-de#_ftn1
- Modelell, A., Gallego, J., y Bello, C. (2002). *Estudios de derecho penal económico*. Editorial Livrosca.
- Moreno, C. (2019). El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas. *Política criminal*, 14(28), pp. 323-364. <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v14n28/0718-3399-politcrim-14-28-00323.pdf>
- NIC (2017). *Norma Internacional de Contabilidad 20. Contabilización de las Subvenciones del Gobierno e Información a Revelar sobre Ayudas Gubernamentales*. IFRS Foundation. <https://www.ctcp.gov.co/proyectos/contabilidad-e-informacion-financiera/documentos-organismos-internacionales/compilacion-marcos-tecnicos-de-informacion-financi/1534370070-6409>
- Pascual, J. (1980). Las subvenciones del Estado y organismos autónomos en el ordenamiento presupuestario. *Revista Presupuesto y Gasto Público* (7).
- Robles, R., y Sánchez, C. (2010). *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Editorial Atelier.
- Secretaría de Transparencia. (2016). *Ley 1474 de 2011: Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Presidencia de la República.
- Torres, N. (2017). *Problemas de delitos contra la hacienda pública. En particular, la responsabilidad penal del asesor fiscal*. Tesis de doctorado, Universidad de León.

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6787/Tesis%20Natalia%20Torres.pdf;jsessionid=44639C229A32D372A48CF2189DE002F2?sequence=1>

Tribunal Supremo de España, Sentencia 234 del 8 de mayo de 2019.

Tribunal Supremo de España, Sentencia 28079120012013101060 del 11 de noviembre de 2013.

Tribunal Supremo de España, Sentencia, 28079120012016100112 del 29 de febrero de 2016.

Vargas, T. (2017). Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. *Revista Universidad de Ibagué* (19), pp. 61-77.