



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CAMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XVIII - N° 1.266

Bogotá, D. C., jueves 10 de diciembre de 2009

EDICION DE 4 PAGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMON OTERO DAJUD
 SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
 www.secretariasenado.gov.co

JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CAMARGO
 SECRETARIO GENERAL DE LA CAMARA
 www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PUBLICO

SENADO DE LA REPUBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NUMERO 186 DE 2009 SENADO

por la cual se modifica el Código Penal creando el delito de fraude al apoyo económico directo o incentivo.

Bogotá, D. C., diciembre 1° de 2009

Senador

SAMUEL BENJAMIN ARRIETA BUELVAS

Presidente

Comisión Primera Constitucional

Senado de la República

Ciudad.

Referencia: Informe de ponencia para primer debate en Senado al Proyecto de ley número 186 de 2009 Senado, por la cual se modifica el Código Penal creando el delito de fraude al apoyo económico directo o incentivo.

Apreciado doctor Arrieta:

En cumplimiento del encargo que nos hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Permanente del Senado, y dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 5ª de 1992, nos permitimos rendir ponencia para primer debate ante esta Comisión al proyecto de la referencia, en los siguientes términos:

A. ANTECEDENTES

El pasado 27 de octubre el Ministro del Interior y la Justicia radicó un proyecto de ley ante la Secretaría General del Congreso de la República, publicado en la Gaceta del Congreso número 1099 de 2009 y repartido a la Comisión Primera del honorable Senado de la República el día 9 de noviembre. Para el día diez (10) del mismo mes la mesa directiva de la Comisión Primera del Senado designó como coordinador ponente del proyecto de ley al Senador Alfonso Valdivieso Sarmiento y como ponentes a los Senadores Parmenio Cuéllar Bastidas, Roberto Gerlén

Echeverría, Samuel Arrieta Buelvas, Jesús Ignacio García Valencia y Armando Benedetti Villaneda.

B. JUSTIFICACION

El Ministro del Interior y la Justicia, Fabio Valencia Cossio al radicar el proyecto, lo justificó de la siguiente manera:

“El Estado puede mejorar la asignación de los recursos cuando se presentan fallas en una economía de mercado.

(...)

No obstante, es posible que en el otorgamiento del subsidio o subvención haya personas naturales o jurídicas que se valgan de argucias para simular el cumplimiento de las condiciones de acceso o simular el cumplimiento de los requisitos posteriores al otorgamiento, generando un beneficio al cual no tienen derecho o generar un beneficio superior al que originalmente tenía derecho, obviando los requisitos de acceso establecidos por la administración.

Estas argucias superan los controles y procedimientos establecidos por la administración, los cuales se fundamentan siempre en el principio de la buena fe de los participantes en los subsidios o subvenciones.

Teniendo en cuenta que cada sociedad evoluciona sus normas cuando los hechos superan su capacidad, es preciso que el ordenamiento jurídico del país contemple un tipo penal que logre disuadir comportamientos como los anteriormente descritos. Lo anterior con el fin de proteger el patrimonio público y los recursos del estado (sic), manteniendo así la legitimidad de la intervención del mismo.”¹

C. CONTENIDO DEL PROYECTO

El proyecto consta de tres (3) artículos:

¹ Exposición de Motivos, Proyecto de ley número 186 de 2009 Senado, *Gaceta del Congreso* número 1099 de 2009, p 2.

“**Artículo 1º.** El artículo 311 del Código Penal quedará así:

Artículo 311. *Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado.* El que con destino a actividades fomentadas por el Estado obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

Artículo 2º. Créase el siguiente artículo en el Código Penal:

Artículo 311A. Fraude al apoyo económico directo o incentivo:

1. El que obtenga un apoyo económico directo o incentivo, préstamo no reembolsable, desgravación o cualquier otra ayuda económica del estado (sic), alterando o simulando deliberadamente las condiciones requeridas para su concesión, u ocultando las que la hubiesen impedido, incurrirá en prisión de siete (7) a doce (12) años.

2. De la misma manera, el servidor público que teniendo conocimiento de la alteración o simulación fraudulenta, otorgue el apoyo económico directo o incentivo, préstamo no reembolsable, desgravación o cualquier ayuda económica, incurrirá en la misma pena e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

3. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad objeto de apoyo económico o incentivo, dé aplicación diferente de aquella a que están destinados según la ley.

4. Las penas previstas en este artículo se reducirán a la mitad, cuando se reintegren las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales.

Artículo 3º. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación².

D. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

El artículo 64 de la Constitución Política promueve el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, así como a los servicios de, entre otras cosas, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.

Por su parte, el artículo 65 de la Carta Política consagra la obligación del Estado de brindar especial protección a la producción de alimentos, para lo cual, se obliga a otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras y forestales, así como a la construcción de obras de infraestructura y adecuación de tierras.

Igualmente, el mencionado artículo obliga al Estado a promover la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

El artículo 66, a su vez, señala que las disposiciones que se dicten en materia crediticia podrán regla-

mentar las condiciones especiales del crédito agropecuario, de acuerdo a los ciclos de las cosechas, los precios, los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales.

De esta manera, la Constitución Política promueve el acceso del campesino a la propiedad de la tierra y a los servicios de asistencia técnica y empresarial para mejorar su ingreso y calidad de vida. Se prioriza también el desarrollo de actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras y forestales, la transferencia de tecnología y se establece la obligación de reglamentar las condiciones especiales de los créditos agropecuarios.

De otro lado, el Decreto 2478 de 1999, mediante el cual se modificó la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su artículo 3º señala que le corresponde a ese Despacho, entre otras cosas:

“1. Velar por la efectividad y cumplimiento de los fines que para el sector consagran los artículos 64 a 66 de la Constitución Política, con sujeción a las normas contenidas en las leyes que los desarrollan.

(...)

6. Coordinar, promover, vigilar y evaluar la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con el Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

(...)

19. Ejercer control de tutela sobre los organismos adscritos y vinculados.”

El Decreto 2478 impone entonces al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural la obligación de velar por el cumplimiento de los fines que para el sector consagran los artículos 64 a 66 de la Constitución Política, además de vigilar y evaluar la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con el Sector Agropecuario.

Ahora bien, mediante la Ley 1133 de 2007, se creó e implementó el programa “Agro Ingreso Seguro – AIS– “La mencionada ley se crea con el objeto de proteger los ingresos de los productores que resulten afectados ante las distorsiones derivadas de los mercados externos y para mejorar la competitividad de todo el sector agropecuario nacional, con ocasión de la internacionalización de la economía.

En su artículo 3º, dicha Ley señala los componentes del programa: apoyos económicos directos para proteger los ingresos de los productores dentro de un período de transición, en el cual se espera mejorar la competitividad y generar proceso de reconversión; y apoyos a la competitividad para preparar el sector agropecuario ante la internalización de la economía.

El Parágrafo 1º del mencionado artículo 3º señala de manera clara que era:

“...potestad del Gobierno Nacional, seleccionar de una manera objetiva, el sector que se beneficiará con el apoyo económico directo o incentivo y el valor de los mismos, así como determinar dentro de estos, los requisitos y condiciones.

Los apoyos económicos directos o incentivos no son derechos, ni contratos y serán siempre una mera expectativa hasta que haya decisión definitiva de la autoridad competente, o de quien haya sido designado para hacer la selección, que señale al particular como beneficiario.”

² Ibídem, pg 1.

El artículo 7° de la Ley 1133 estipula que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contratará cada dos (2) años o antes, si lo estima conveniente, una evaluación externa con una entidad independiente y de reconocida idoneidad para evaluar los resultados en la ejecución del programa.

El artículo 8° crea el Comité Intersectorial del Programa AIS como ente asesor conformado por los ministros de Agricultura, Hacienda y Comercio, el Director de Planeación Nacional, el Presidente de Finagro y los presidentes de la SAC, Fedegan, Fenavi, un representante de los pequeños agricultores y el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros.

En este orden de ideas, el 16 de enero de 2009 se firmó un Convenio Especial de Cooperación Científica y Tecnológica entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA–, con el fin de implementar, desarrollar y ejecutar la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, y, de esta forma, asignar los recursos del programa AIS.

La Cláusula Tercera del mencionado Convenio señala que la dirección, seguimiento y evaluación del mismo estará en cabeza de un Comité Administrativo integrado por el Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado, quien lo presidirá; el Director de Desarrollo Rural del Ministerio, o su delegado, y el Representante del IICA en Colombia, o su delegado.

Adicionalmente, el numeral 2 de la cláusula quinta establece que el IICA asume, entre otras obligaciones, la de “Implementar y operar la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, de conformidad con las disposiciones que sobre el particular expida el Ministerio”.

El numeral 4, cláusula quinta, asimismo, establece claramente que el IICA debe tener en cuenta las recomendaciones que suministre el Ministerio a través del Comité Administrativo.

La cláusula décima del Convenio señala que la interventoría técnica y financiera del mismo se llevaría a cabo por parte de un Comité Interventor integrado por el Director de Desarrollo Rural del Ministerio, o el funcionario que este designe por escrito, quien ejercerá la interventoría técnica, y por el Director de Planeación y Seguimiento Presupuestal de el Ministerio, o el funcionario que este designe por escrito, quien ejercerá la interventoría financiera.

El numeral 2, de la cláusula décima primera, establece claramente que es una de las funciones del Comité Interventor “Ejercer el control posterior con respecto a la gestión y correcta destinación de los recursos del Convenio.”

Ahora bien, el artículo 267 de la Carta Política estipula que es función de la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación.

E. CONSIDERACIONES DE LOS PONENTES

1. En cuanto al programa “Agro Ingreso Seguro – AIS”

La intención del Gobierno Nacional al implementar la Ley 1133 de 2007, reglamentario del programa AIS, tenía como objeto desarrollar lo preceptuado por los artículos 64 a 66 de la Carta Política, en cuanto al

mejoramiento de los ingresos y la calidad de vida del campesino colombiano, así como brindar prioridad a su desarrollo integral, promover la transferencia de tecnología e incrementar su productividad, además de proteger los ingresos de los productores que resultaren afectados por las distorsiones del mercado y prepararlos para enfrentar el reto de la internacionalización de la economía.

Tanto en la Ley 1133, como en el Convenio firmado con el IICA, se establecieron controles para vigilar la adecuada destinación de los recursos que habría de distribuir el programa. Es así como existía un Comité Intersectorial que tenía entre sus funciones diseñar e implementar los mecanismos de seguimiento y monitoreo permanentes de la ejecución del programa; evaluar anualmente los resultados de la ejecución del mismo; y adoptar las modificaciones que se consideraran pertinentes. También se creó un Comité Administrativo creado exclusivamente para implementar y operar la Convocatoria Pública de Riego y Drenaje, de acuerdo con las orientaciones que diera el ministerio y, además, un Comité Interventor del Convenio con el IICA, cuyas funciones eran, entre otras, ejercer control posterior con respecto a la gestión y correcta destinación de los recursos del convenio.

En este sentido, los ponentes no entienden por qué, con todos los controles antes mencionados, algunos dineros fueron entregados a particulares que no cumplían, con los requisitos exigidos. Dichos controles, en consecuencia, no se ejercieron con la rigurosidad estipulados en la ley y los acuerdos suscritos.

No es aceptable, entonces, el argumento esgrimido por el Gobierno Nacional en la Exposición de Motivos, según el cual “...es posible que en el otorgamiento del subsidio o subvención haya personas naturales o jurídicas que se valgan de argucias para simular el cumplimiento de los requisitos posteriores al otorgamiento”.

Una política pública bien diseñada no permite este tipo de irregularidades. Es previsible. El programa AIS no lo fue. No se verificó oportunamente la adecuada destinación de los recursos: era necesario sustentar en debida forma que todos, y no solamente algunos de los apoyos directos o incentivos que se entregaban, fueran a parar a manos de quienes realmente los necesitaban.

La remisión de comunicaciones a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría y a la Contraloría General de la República para que adelanten las investigaciones a que haya lugar, copia de las cuales recibieron los ponentes durante el proceso de elaboración de la presente ponencia, es una obligación posterior a la ocurrencia de las irregularidades, que no exonera al Gobierno Nacional, ni en particular al Ministerio de Agricultura, de la responsabilidad por la pérdida de dichos recursos.

No tiene justificación el hecho de que, habiéndose diseñado controles como aquellos a los que hemos hecho referencia, lo mismos no se hayan puesto en práctica de la manera más rigurosa posible. Eso denota un grado de irresponsabilidad inaceptable en el manejo de los dineros públicos que genera un alto

nivel de desconfianza en la ciudadanía y que, además, impidió que otros ciudadanos, que sí requerían los recursos, no los recibieran como consecuencia de fallas por parte del mismo Estado.

De otra parte, es importante advertir que la suscripción de acuerdos con entidades especializadas, como el que se hizo con el IICA, a pesar de estar amparados por la ley, no son convenientes cuando involucran recursos públicos que, en manos de dichas entidades, escapan al debido control fiscal.

2. En cuanto al proyecto de ley

Las conductas descritas en el nuevo delito, hoy son delictivas por vías diversas. Por ejemplo, el artículo 453 del Código Penal actual tipifica el delito de Fraude Procesal en los siguientes términos:

“ARTICULO 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Es claro, entonces, que ya se encuentra tipificada la conducta consistente en utilizar medios fraudulentos para engañar a un servidor público, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

El artículo 397, a su vez, del citado código señala:

ARTICULO 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

La conducta descrita en el numeral 2 del artículo 311A es peculado y estaría beneficiando al infractor porque, además, está imponiendo una pena inferior a la del peculado. En efecto, el peculado actualmente tiene una pena de entre nueve (9) y veintidós (22) años, mientras que la conducta que se pretende penalizar impone una pena de entre cinco (5) y diez (10) años máximo.

Adicionalmente, los numerales 3 y 4 del artículo 311A propuesto no son claros, pues en el numeral 3 se habla de “las mismas penas” y no especifica cuáles. El numeral 4 habla del “interés legal” más dos puntos, y no especifica cuál, si el corriente o el moratorio. Sería más claro establecer como pena el interés bancario corriente o el de mora más alto permitido.

En fin, en lugar de legislarse sobre el tema, debería actuarse ante la jurisdicción con miras a lograr la aplicación de la ley penal existente, ya suficientemente severa. Sólo si la Fiscalía o los jueces deciden que los tipos penales existentes no cubren las conductas, entonces sí es imperativo legislar.

No obstante lo anterior, los ponentes consideran viable dar primer debate al proyecto que nos ocupa, dejando en claro que se cometieron errores graves en el diseño, implementación y monitoreo del programa AIS que deben corregirse y no volverse a presentar en el futuro, que los convenios como el que se hizo con el IICA, a pesar de estar amparados por la ley, no son convenientes, más aún cuando involucran recursos públicos que, en manos de dichas entidades, escapan al debido control fiscal, que las conductas que se tipifican en el proyecto ya existen en nuestro ordenamiento penal y, las sanciones que se pretenden imponer por las nuevas conductas no están claras, no son lo suficientemente precisas para que una autoridad judicial pueda aplicarlas con facilidad.

F. PROPOSICION

De acuerdo a las consideraciones anteriores, solicitamos a la Comisión Primera del Senado de la República dar Primer debate al Proyecto ley 186 de 2009 Senado, *por la cual se modifica el Código Penal creando el delito de fraude al apoyo económico directo o incentivo*, de acuerdo al texto original.

De los honorables Senadores,

Alfonso Valdivieso Sarmiento, Ponente Coordinador, *Parmenio Cuéllar Bastidas* (Sin firma), *Roberto Gerlén Echeverría*, *Samuel Arrieta Buelvas*, *Jesús Ignacio García Valencia*, *Armando Benedetti Villaneda* (No firma), Ponentes.