

FRAUDE DE SUBVENCIONES Y ESTAFA: ASPECTOS CONCURSALES

Por D. JOSÉ ALBERTO RUIZ GÓMEZ
Doctorando del Departamento de Derecho Público

Resumen

En el presente artículo, he tratado de reflejar los aspectos concursales que presentan los tipos penales de fraude de subvenciones (especialmente en su modalidad de obtención, recogida en el art. 308.1 de nuestro vigente Código penal) y el delito de estafa, desde la introducción del primero de ellos en el año 1985, cuestión que ha sido objeto de debate por la doctrina desde aquel tiempo hasta nuestros días.

Abstract

In the present article, I have to reflect the concursales aspects that present the penal types of fraud of subventions (specially in its modality of obtaining, collection in article 308.1 of our effective penal code) and the crime of swindle, from the introduction of first of them in 1985, question that has been object of debate by the doctrine from that time to our days.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO
- II. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
- III. EL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS
 1. SU ENCUADRE EN EL ORDENAMIENTO CRIMINAL. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN, DESGRAVACIÓN Y AYUDA
 2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO
 3. ACCIÓN TÍPICA
 4. LA CUANTÍA ESTABLECIDA PARA PODER HABLAR DE DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS. EL DELITO CONTINUADO
 5. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE REINTEGRO DEL ART. 308.4
 6. EL MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO
- IV. RELACIONES ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL DELITO DE FRAUDE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS
 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO
 2. ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS DELITOS DE ESTAFA Y DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS (ARTS. 248 Y 308 DEL C.P.)
 3. CONCURSO DE LEYES ENTRE EL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS Y EL DELITO DE ESTAFA
 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL T.C. SOBRE LA APLICACIÓN DE AMBOS DELITOS. ANÁLISIS DE LA S.T.C. 13/2003, DE 28 DE ENERO
 5. CONCLUSIÓN Y CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Como pone de manifiesto el profesor C. Martínez-Buján Pérez¹, la relación entre el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, (especialmente en la modalidad de obtención, definida en el apartado 1 del art. 308 del vigente Código penal de 1995), y la estafa (descrita en el art. 248 de nuestro texto punitivo), ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina española desde la introducción de aquel delito en el año 1985.

Con la Ley Orgánica (L.O.) 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código penal, se establece, como advierte Carmen Lamarca Pérez², un diseño general de política jurídica que parece orientarse hacia un régimen de mayor transparencia fiscal y, en suma, a la consecución de un sistema tributario más eficaz.

Ejemplo de lo que decimos nos expone J. Bermejo Ramos³, quien establece que desde la regulación del delito fiscal por la ley 50/1977 de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, hasta el momento actual (cual es el momento de los debates parlamentarios en torno a la ley 2/1985), solamente se han dictado por los tribunales trece sentencias relativas a esta materia; de ellas, diez son absolutorias y tres son condenatorias. Establece este profesor, teniendo en cuenta el elevado nivel de fraude que se reconoce en nuestro país, es lógico preguntarse por las causas de tan magros resultados en la persecución del delito). Así, deducimos que no existe en nuestro país una suficiente conciencia social respecto a la fiscalidad, lo que se manifiesta en el frecuente impago de los tributos y el rechazo de instituciones jurídicas que sancionen adecuadamente las conductas contrarias a la ley en materia tributaria.

¹ «Las relaciones entre el delito de estafa y el delito de fraude de subvenciones en el nuevo C.P. español de 1995», en *El Nuevo Derecho Penal Español: Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pág. 1553.

² La tramitación y promulgación de la L.O. de referencia, ha coincidido en efecto, con una importante modificación de la Ley General Tributaria, centrada principalmente en el capítulo sancionador que lleva fecha de 26 de abril de 1985. En este sentido, la profesora Lamarca Pérez, realiza una llamada de atención sobre dos aspectos que parecen acreditar el designio unitario de las dos leyes; por un lado, el preocupante fraude fiscal existente en España y la ineficacia de la regulación vigente, de otra parte, que las dos parecen querer acentuar el carácter complementario y no superpuesto de sus normativas, así, establece la profesora, el término defraudación desaparece de la normativa tributaria, quedando reservado al Código penal. «Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 178, 1985, págs. 751 y ss.

³ «Tratamiento de los delitos contra la Hacienda Pública en la nueva regulación del Código penal», *Gaceta Fiscal*, n.º 24, julio, 1985, págs. 119 y ss.

Consecuentemente con ello, la legislación anterior se ha revelado cuanto menos ineficaz y a veces inaplicable en orden al cumplimiento de los objetivos a que iba encaminada: la necesidad de agotar la vía administrativa para iniciar la acción penal, planteaba en algunos casos situaciones dilatorias que conllevaban la prescripción de la acción.

Así, ante esta situación, siguiendo a Bermejo Ramos y con el propósito de corregir los impedimentos de la anterior regulación contenida en la Ley 50/1977, responde la ley de reforma del Código penal 2/1985, en el que a través de sus arts. 349, 350 y 350 bis, quedan tipificados de forma novedosa los delitos contra la Hacienda Pública.

Siguiendo al profesor M. Jaén Vallejo⁴, el art. 349 se refería a todo género de tributos y de contribuyentes, a diferencia de los arts. 350 y 350 bis, que requerían un sujeto activo especial, concretamente el beneficiario de las subvenciones, y el obligado a llevar contabilidad. En él se distinguían dos modalidades típicas: la elusión del pago de tributos y el disfrute indebido de beneficios fiscales. Por su parte, el art. 350⁵ (objeto de nuestro estudio en lo que a los delitos contra la Hacienda Pública se refiere), vino a cubrir una laguna de punibilidad, incorporando al Código el fraude de subvenciones, pues las figuras delictivas anteriormente existentes, se configuraban como fraude sobre los ingresos debidos al Estado, no sobre los gastos públicos dirigidos a incentivar o proteger determinadas actividades.

De este modo, como establece Lamarca Pérez⁶, la reforma de 1985 ha supuesto en materia penal la creación de un título propio para los «delitos contra la Hacienda Pública», así como también ya indicábamos, la introducción del nuevo delito denominado como fraude en las subvenciones, del art. 350 del Código penal.

Siguiendo a Jaén Vallejo⁷, la L.O. 6/1995 de 29 de junio, dio una nueva redacción al art. 350, introduciéndose la expresión «ayuda de las administraciones

⁴ «Fraudes de subvenciones y fraudes comunitarios», en *Empresa y Delito en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pág. 84.

⁵ El propio Legislador indicaba en la Exposición de Motivos de la L.O. 2/1985 que el art. 350, quiere sancionar específicamente la malversación o distracción de los fondos públicos que perciben los particulares, y aunque desde luego no resulta técnicamente correcta esta afirmación, sí expresa claramente que los subvencionados actúan como agentes sociales de los poderes públicos, ya que la posible «distracción» de los fondos recibidos se explica porque éstos no van destinados sin más a producir un enriquecimiento patrimonial al subvencionado, como establecen Ana M.^a Juan Lozano y Rosendo Simón Esteve, (la tutela penal de la función financiera de gasto público: el fraude de subvenciones y el disfrute ilícito de beneficios fiscales), en *Homenaje al profesor Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, pág. 84.

⁶ *Op. cit.*, pág. 758.

⁷ Establece el profesor, que la importancia de las subvenciones en un Estado Social y Democrático como el nuestro (art. 1 C.E.) es innegable, pues representa uno de los principales instrumentos del estado para alcanzar el «Orden Económico y Social Justo», a que se refiere el Preámbulo de la Constitución. Establece el profesor en cuanto a la excusa absolutoria introducida, que los efectos que el Legislador brinda a esta reparación realizada por el contribuyente, que reduce considerablemente

públicas», elevándose a diez millones de pesetas la cuantía en que consiste la condición objetiva de punibilidad y, finalmente, introduciéndose la exención de pena para quien reintegre voluntariamente la subvención indebidamente percibida. En cuanto al nuevo Código penal, aprobado por la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, sólo modifica las penas y extiende la protección penal a las subvenciones comunitarias.

El nuevo Código penal de 1995, adopta una técnica legal peculiar en la tipificación de los delitos de obtención o disfrute indebido de ayudas públicas⁸: los fraudes de ayudas comunitarias europeas se contemplan como figuras específicas frente a la previsión general del fraude a las ayudas de las administraciones públicas con particularidades en los contornos de los respectivos ámbitos típicos, y diferencias significativas en materia de penalidad.

De esta manera, el Código penal de 1995 dedica el título XIV del libro II a esta materia, que comprende los arts. 305 a 310, manteniéndose con la misma rúbrica de «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», experimentándose cambios como decíamos, en cuanto al sistema de penas adoptado por el nuevo Código, y en cuanto a la tipificación expresa de los fraudes comunitarios.

Es importante reseñar la reforma de la Ley General Tributaria por la ley 25/1995, que introduce en su art. 77.6, el principio *non bis in idem* en materia de sanciones tributarias (a continuación nos referiremos sobre este particular).

II. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La doctrina española, ha venido entendiendo que la intervención del Derecho penal en materia de infracciones tributarias, se encuentra condicionada a la aplicación del principio *non bis in idem*. En efecto, el principio referido, es reconocido por el Tribunal Constitucional, en sentencia (S.T.C.) 30-01-1981, estableciendo, «que la exclusión de la duplicidad de sanciones, va íntimamente unida a los principios de legalidad y tipicidad».

De esta manera, el art. 77.6⁹ de la Ley General Tributaria establece:

En los supuestos en que la administración tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la

su culpabilidad y, por consiguiente la necesidad de la pena, pone de manifiesto, lo mismo que la reforma operada por las mismas fechas en la Ley General Tributaria, por ley 25/1995 de 20 de julio, que en la lucha contra el fraude fiscal prima la finalidad recaudatoria. *Op. cit.*, págs. 88 y 89.

⁸ A. Asúa Batarrita, «Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el C.P. español de 1995: ¿armonización Europea «versus» principio de asimilación?», en *El Nuevo Derecho Penal Español: Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, págs. 941 y ss.

⁹ Artículo introducido por la Ley 25/1995, de 20 de julio de modificación parcial de la Ley General Tributaria.

jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse apreciado la existencia de delito, la administración tributaria continuará el expediente sancionador con base en los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

Ahora bien, si nos centramos en el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, el art. 82¹⁰ de la L.G.P., establecía lo siguiente:

Constituyen infracciones administrativas en materia de subvenciones y ayudas públicas las siguientes conductas, cuando en ellas intervenga dolo, culpa o simple negligencia:

- a) *La obtención de una subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que hubiesen impedido o limitado.*
- b) *La no aplicación de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida, siempre que no se haya procedido a su devolución sin previo requerimiento.*
- c) *El incumplimiento, por razones imputables al beneficiario, de las obligaciones asumidas como consecuencia de la concesión de la subvención.*
- d) *La falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos.*

Como puede observarse, estos ilícitos administrativos y el tenor literal del art. 308 del Código penal presentan notables similitudes.

El art. 82.7¹¹ de la misma Ley 31/1990 repite que *en los supuestos en que la conducta pudiera ser constitutiva del delito contra la hacienda pública tipificado en el art. 350 del Código penal, la administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. La pena impuesta por la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los tribunales hayan considerado probados.*

De este modo, como se dijo, las conductas prohibidas por el ordenamiento administrativo de una parte, y las tipificadas en el Código penal de otra, presentan una manifiesta identidad¹². Ello conlleva a que la imposibilidad de castigo

¹⁰ Incorporado como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1991.

¹¹ Vemos ahora como el mencionado artículo, se refiere exclusivamente al delito contra la Hacienda Pública tipificado en el art. 350 del Código penal.

¹² Así lo manifiesta el profesor E. Cortes Bechiarelli, quien expone como en la S.A.P. Orense 18-05-1988. Con discutible criterio y dicción, esta duplicidad de sanciones parece ser argumento fortalecedor del fallo absolutorio, y afirma, «que en atención al principio de intervención mínima, destacado por el Legislador en la Exposición de Motivos del nuevo Código penal, el Derecho penal ha de operar con carácter subsidiario, cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal, que existe recurso Contencioso-Administrativo precedente sobre el cumplimiento o no de las condiciones a las que se sujetó la subvención y que el art. 82 de la Ley General Presupuestaria significa como infrac-

conjunto de ambas infracciones (*principio non bis in idem*), otorgue preferencia a la jurisdicción penal (art. 10.2 L.O.P.J.). Así únicamente cuando la infracción no sea constitutiva de ilícito criminal, entrará en juego subsidiariamente la potestad sancionadora de la administración.

Con la entrada en vigor del Real Decreto de Reforma del Sistema Tributario 1930/1998, se deroga el art. 10.1 del Real Decreto 2631/1985, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias, que decía así: *En los supuestos en que las acciones u omisiones realizadas pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública regulados en el Código penal, la administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme.*

Como vemos, esta regulación anterior nos sugiere una excesiva dependencia del ordenamiento administrativo respecto de la jurisdicción penal.

Con el Real Decreto de Reforma del Sistema Tributario, en su art. 5, se establece una nueva regulación, de su dicción literal se establece: *En los supuestos en que la administración tributaria estime que las infracciones cometidas pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública regulados en el Código penal, pasará previa notificación al interesado, el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.*

Por tanto, vemos que no se rompe la subordinación que ya existía con el Decreto de 1985, como expone el profesor Cortes Bechiarelli¹³. Se dice de otra forma pero lo cierto es que, sin necesidad de ser demasiado estricto, la legislación tributaria se impone a sí misma un sometimiento que podría acarrear en la práctica no pocos problemas interpretativos. Y, esta especie novedosa de excepción de cosa juzgada, vendría a suponer la contradicción incluso de la propia razón de ser del Real Decreto de Reforma del Sistema Tributario, pues, en su Preámbulo establece *que se da un importante paso en la lucha contra el fraude fiscal.*

Por tanto una vez examinada la legislación aplicable, vemos como la presunta existencia de un hecho delictivo, paraliza el expediente sancionador, y el fallo condenatorio cierra paso a cualquier pronunciamiento de la autoridad tributaria, y la sentencia absolutoria impone la obligación de respeto a la cosa juzgada.

ciones administrativas conductas análogas a las recogidas en el art. 350 del Código penal 1973, regulando las sanciones correspondientes y el procedimiento para la imposición de no estimarse la existencia de delito, se impone un pronunciamiento absolutorio respecto a los delitos que nos ocupan». *Delitos contra la Hacienda Pública*, en colección de Leyes Tributarias Comentadas, Madrid, 2002, pág. 175.

¹³ Quien establece que una cosa es la economía procesal y otra distinta es el vasallaje de una jurisdicción hacia otra. *Ibidem*, pág. 176.

Es así que en palabras de Lamarca Pérez¹⁴, la decisión del Legislador, no sólo acredita el imperio del Estado de Derecho, sino que muestra también una opción favorable a la criminalización del fraude fiscal o, al menos al carácter preferente de esa criminalización sobre los demás instrumentos sancionadores.

III. EL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS

1. SU ENCUADRE EN EL ORDENAMIENTO CRIMINAL. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN, DESGRAVACIÓN Y AYUDA

La identificación del bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública en general, y más en concreto en el tipo del delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, ha sido objeto de estudio por gran parte de la doctrina, y sus debates, giran en torno a las dos ideas siguientes; considerar como bien jurídico protegido el patrimonio público, o como sostienen algunos autores, patrimonio del Erario público¹⁵, de forma que el tipo penal objeto de nuestro estudio quedaría encuadrado dentro de los «Delitos Patrimoniales y contra el Orden Socioeconómico», con la correspondiente cualificación de titularidad pública; o bien encaminando su protección, a la obtención de recursos y aplicación del gasto es decir, como establecen Juan Lozano y Simón Esteve¹⁶, entender que el bien que se intenta proteger no es tanto el patrimonio público sino la «función de realización del gasto público».

Tras sistematizar las tesis mantenidas al respecto, vemos cómo son hasta cinco los bienes protegidos respecto de los que se baraja su protección:

La fe pública, el deber de lealtad al estado, el patrimonio, el Erario público o la función del tributo, a los que habría que añadir desde la doctrina tributaria, la solidaridad¹⁷

Una vez establecido a modo de introducción, las distintas tesis doctrinales mantenidas acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública, vamos a centrar nuestro estudio en precisar cuál es el bien jurídico protegido en el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas.

En este sentido, el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas (art. 308) que produce salidas de dinero del tesoro público, se diferencia del fraude fiscal (art. 305) que afecta a entradas de dinero que deberían producirse en el tesoro¹⁸.

¹⁴ Afirma que nos encontramos ante uno de los aspectos más elogiados de la reforma de 1985. La plena subordinación de la administración a la justicia penal, ha quedado asentada en los términos más firmes. *Op. cit.*, pág. 756.

¹⁵ Tanto las S.S.T.S 12-03-1986 y 12-06-1986, como la S.A.P. Vizcaya 27-11-1998, establecen que lo que se trata de proteger son «las arcas del Erario público».

¹⁶ *Op. cit.*, págs. 98 y 99.

¹⁷ E. Simón Acosta, *El delito de defraudación tributaria*, Pamplona, 1998, pág. 24.

¹⁸ Nos adherimos a la opinión vertida por Jaén Vallejo, *op. cit.*, pág. 87.

Sería conveniente en primer lugar, puesto que el tipo penal en concreto no lo realiza expresamente, delimitar cuál es el significado del concepto de subvención. Así, Bermejo Ramos¹⁹, la define como una atribución patrimonial llevada a cabo, en el caso de subvenciones públicas, por el Estado, con desplazamiento de bienes consistentes en sumas dinerarias o en especie. Pero, dentro del concepto de subvención que nos proporciona el profesor Bermejo Ramos, nos encontramos con las llamadas en sentido genérico «subvenciones indirectas» (beneficio determinante de un enriquecimiento en el beneficiario aún sin desplazamiento patrimonial), «virtuales» (obtención de descuentos en cuota, intereses preferenciales, etc.) «de dispensa» (de ciertas obligaciones cuyo cumplimiento supondría un determinado sacrificio patrimonial), etc. Plenamente indicativas de situaciones o hechos subvencionados.

Del concepto de subvención que exponíamos, así como de sus diversas modalidades que podrían incluirse en el concepto típico de subvención, pasaríamos a delimitar el alcance del calificativo de «públicas». En este sentido²⁰, se ha planteado si hay que considerar públicas, únicamente las otorgadas por la administración pública territorial, dotada de personalidad jurídica-administrativa con cargo a fondos públicos, o si también se incluyen las concedidas por aquellos otros órganos no integrados formalmente en la estructura de las administraciones territoriales (estatal, autonómica y local). En este sentido, parece que debe entenderse subvenciones otorgadas por el sector público, y por ello, no hay problema en admitir que se consideren como órganos otorgantes, los dependientes de la administración central, local o autonómica.

También se ha suscitado la cuestión, sobre si se incluyen dentro del concepto de subvención pública, todas aquellas ayudas financiadas con fondos públicos con independencia de la naturaleza o utilidad por la que se conceden, o por el contrario, hemos de entender comprendidas en aquellas, sólo las destinadas a fomentar actividades económicas, quedando excluidas todas aquéllas que afecten a otros fines públicos.

Respecto al concepto de «desgravación pública», de la dicción literal del art. 308 del Código penal, deducimos que se trata de «beneficios fiscales».

Es por todo ello, que desde una posición doctrinal más amplia, se entienda por subvención o desgravación pública según un concepto que vuelve a proporcionarnos el profesor Bermejo Ramos²¹, todo aquel favore-

¹⁹ *Op. cit.*, págs. 123 y 124.

²⁰ J. Lozano y S. Esteve establecen que sería necesario determinar si las subvenciones otorgadas por la Unión Europea son subsumibles en el concepto de subvención. *Op. cit.*, pág. 101.

²¹ Establece una vez formulado el concepto que nos proporciona, que sea cuál sea la postura que se adopte dentro del arco de interpretaciones doctrinales acerca del concepto de subvención, lo cierto es que parece difícil olvidar todo un conjunto de figuras evaluables razonablemente dentro del ámbito de las subvenciones y cuyo disfrute indebido supone un mismo perjuicio económico para la Hacienda Pública. *Op. cit.*, pág. 124.

cimiento o beneficio promovido desde el Estado ya sea por la vía del gasto público (subvenciones que supongan una salida de fondos con transmisión de bienes en dinero o en especie), o por la vía de los menores ingresos públicos (bonificaciones, descuentos en cuota, exenciones, desgravaciones, devoluciones de impuestos y préstamos o créditos públicos en toda su extensión).

En cuanto al concepto de ayuda, como con anterioridad hemos puesto de manifiesto con la reforma llevada a cabo con la L.O. 6/1995 de 29 de junio, tuvo lugar el aumento de los posibles objetos materiales del ilícito penal que tratamos, de forma que junto con las subvenciones y desgravaciones, el término ayudas se configuraba como el ya tercer objeto material del delito tipificado en el art. 308 del Código penal.

En este sentido, y analizando las escasas disposiciones administrativas existentes sobre la materia, la primera explicación que se impone es que los términos subvención y ayudas aparecen hermanados de forma inquebrantable²².

Para diferenciar, podemos dar un concepto de ayuda, estableciendo que se trata de transacciones económicas realizadas por las administraciones públicas hacia personas físicas o jurídicas que reúnen ciertos presupuestos o requisitos, convirtiéndose éstos en sus beneficiarios y sin que se les exija contraprestación alguna por ello, es precisamente esta ausencia de contraprestación por parte de los beneficiarios la que las diferencia de las subvenciones, por éstas a nuestro juicio, tener que estar encaminadas hacia un fin marcado por el propio órgano otorgante de las mismas.

Así el art. 81.2 de la Ley General Presupuestaria, ya citada, da un concepto genérico de ayuda, estableciendo que se entiende por tal, *cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos*. Contemplamos por tanto, como las subvenciones también quedarían englobadas en este concepto, pero quedan desligadas del mismo o mejor dicho desterradas por sus especificidades.

2. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

En primer lugar, nos encontraríamos ante la tarea de delimitar si nos enfrentamos ante un *delito común*, o por el contrario estamos en presencia de un *delito especial*; un sector doctrinal considera que se trata de un delito especial, puesto

²² En este sentido Cortes Bechiarelli, expone que el término ayudas, revela en suma un modo de comportamiento de las administraciones públicas, sean las que sean, en su labor providente y como modo de beneficiar económicamente a la ciudadanía, estableciendo unas posibilidades efectivas de redistribución de los ingresos públicos obtenidos, y, como sostiene esta exégesis, puesta en consonancia con el global entendimiento de los delitos contra la Hacienda Pública y, específicamente con el bien jurídico protegido por el fraude de subvenciones, en nada lesiona el principio de taxatividad de los tipos penales. *Op. cit.*, pág. 200.

que sólo podrá ser sujeto activo del delito, aquel que reúna las condiciones exigidas por la legislación administrativa para convertirse en beneficiario de la subvención, desgravación o ayuda.

Entendemos que esta tesis decae desde el momento en que del tenor literal del art. 308 del Código penal, se establezca: *El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las administraciones públicas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que hubieren impedido, será castigado*. Es decir, cualquier sujeto puede en un momento determinado falsear las condiciones requeridas para obtener esta clase de ayudas, lo que convierte al tipo del art. 308, en un delito común²³.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, no nos cabe duda que se trata de la administración, más concretamente las Haciendas Públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales.

3. ACCIÓN TÍPICA

El tipo penal del art. 308.1, consiste en falsear las condiciones requeridas para la concesión de una subvención, desgravación o ayuda, u ocultar las condiciones que hubieren impedido su otorgamiento.

Deberíamos, y se ha suscitado polémica por ello en la doctrina, delimitar si nos encontramos ante un delito por comisión, o por el contrario si se trata de un delito por omisión²⁴.

El profesor Jaén Vallejo²⁵, establece con rotundidad que se trata de un tipo penal de comisión, caracterizado por el carácter falsario de la acción. Ahora bien afirma, una cosa es la presentación de la solicitud y, eventualmente de otros documentos falsos, que no puede dar lugar a la aplicación de los tipos penales de presentación de documento falso, público, oficial o mercantil (art. 393), o privado (art. 396), por quedar absorbidos por el tipo penal del art. 308 y otra cosa es la falsificación de los documentos que pueden acompañarla (arts. 392 y

²³ Cortes Bechiarelli establece como la conducta descrita en el párrafo segundo del art. 308 del Código penal, que castiga *a quien incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las administraciones públicas*. Si que ya nos exige, que las referidas subvenciones o ayudas hayan sido ya concedidas a un sujeto en particular, es decir el único que puede convertirse en sujeto agente de la acción típica, lo cual este párrafo segundo convierte al delito objeto de nuestro estudio en delito especial. *Ibidem*, pág. 185.

²⁴ En este sentido se ha pronunciado M. J. Dolz Lago, quien afirma que la conducta es siempre positiva, respecto a la conducta falsaria no cabe dudas, si se ha planteado no obstante, por la doctrina el carácter omisivo de la modalidad consistente en ocultar. «Los delitos contra la Hacienda Pública», *La Ley*, 1993, vol. II, pág. 588. Así entendemos que ocultar condiciones que son requeridas para la concesión equivale a no presentarlas y, puesto que los delitos por omisión se caracterizan por la no realización de actos que se requiere hacer, este ocultar de condiciones se transforma en una comisión por omisión de la acción típica.

²⁵ *Op. cit.*, págs. 97 y 98.

395), que concurrirían en concurso real con el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas.

Si ya exponíamos que en el art. 308.1, la conducta típica consistía en falsear u ocultar condiciones, nos encontramos con que el párrafo segundo del art. 308, lo que tipifica es la alteración de los fines una vez otorgada la subvención; conviene señalar cómo resulta curioso que de la dicción del precepto sólo se hable de subvenciones, y no de desgravaciones y ayudas; en este sentido Jaén Vallejo (ya citado), sostiene que no hay razón para excluir en esta modalidad típica a las desgravaciones y ayudas.

De esta manera, entendemos que la esencia del delito del art. 308.2, se encuentra en una alteración de las condiciones requeridas, como expone su propio tenor literal, de ahí que el tipo penal no exija una completa desviación de los fondos públicos, pues a nuestro juicio, esa completa desviación de los fondos respecto del fin perseguido, encontraría cabida en otro tipo delictivo que en otros apartados de nuestro estudio trataremos de demostrar²⁶.

4. LA CUANTÍA ESTABLECIDA PARA PODER HABLAR DE DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS. EL DELITO CONTINUADO

El Legislador, como ya es práctica habitual en lo que se refiere a los delitos contra la Hacienda Pública, fija un límite mínimo dinerario para poder entenderse perfeccionado el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas.

Con el Código penal de 1995, se estableció en el art. 308 el límite mínimo en más de diez millones de pesetas, con la reforma realizada en dicho Código por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, ese límite mínimo a sobrepasar para entender confeccionado el delito, pasó a ser establecido en la cuantía de más de ochenta mil euros²⁷.

Este límite mínimo a superar, nos planteamos y existe bastante debate doctrinal sobre ello que todavía no acaba de ser resuelto, si convierte al delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, en un *delito de resultado* o, si por el contrario, se trata de *una condición objetiva de punibilidad* (sobre este particular, nos referiremos en apartados posteriores).

²⁶ En sentido contrario, Lamarca Pérez entiende que conviene subrayar que la alteración de los fines ha de ser «sustancial», lo que exige una interpretación rigurosa, en concreto ha de tratarse de una auténtica desviación de los fondos públicos hacia el propio patrimonio o su utilización en actividades que de forma manifiesta se alejen de los prescritos no reportando beneficio para el interés general, y, acuña el término para este tipo penal de «malversación de subvenciones». *Op. cit.*, pág. 764.

²⁷ El art. 5 de la ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, modificada por la Ley 9/2001, de 4 de junio: «las referencias contenidas en las normas sancionadoras a la moneda nacional, se entenderán hechas tanto al euro como a la peseta hasta la finalización del período de canje». Parece, en consecuencia, que desde el 1 de julio de 2002, y por esta vía, desaparece la peseta del Código penal, sobreentendiéndose que la barrera punitiva se expresa, tras la correspondiente conversión, en la moneda europea.

Como decíamos, la reforma del Código penal de 2003, estableció la barrera punitiva para la confección del delito que abordamos en ochenta mil euros, ahora bien, Cortes Bechiarelli²⁸, establece que dos reflexiones se imponen de inmediato sobre el particular: En primer lugar que el art. 308, no contiene ninguna cláusula en orden al modo en que debe determinarse esa barrera punitiva a sobrepasar, y, en segundo lugar, el hecho de que se exija esa cantidad como umbral punitivo, frente a los quince millones de pesetas que proclama el tipo del delito fiscal y la redacción típica del delito de fraude a la Seguridad Social²⁹.

Sobre el particular se ha pronunciado el profesor M. Cobo del Rosal³⁰. Quien, una vez en su estudio, expuesto el tenor literal del art. 305.2, «A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior (se refiere a que la cantidad defraudada exceda de quince millones de pesetas), si se trata de tributos retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones periódicas o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural». Observa como para la redacción típica del art. 308, no establece el modo en que debe sobrepasarse el umbral punitivo de la defraudación. Por ello, el profesor entiende que se está operando en régimen de analogía con lo previsto para el art. 305.2, lo que plantea y, así lo entendemos con él, un quebrantamiento del principio de legalidad.

Ello es así, entendemos, porque sería necesario delimitar y la redacción típica del precepto no lo hace, cuál es la específica subvención, ayuda o desgravación para la cual determinar si se podrían haber falseado las condiciones para su otorgación o la ocultación de su impedimento. Pues como establece el profesor Cobo del Rosal, se trata o se puede tratar de percepciones irregulares que se reciben una a una en función de un determinado volumen de producción o en función de otras circunstancias que pueden variar en cada caso.

De otra parte, para entender el delito de fraude subvenciones, desgravaciones y ayudas como un delito continuado, habría que estar a la cantidad de subvenciones o ayudas recibidas, y que todas ellas superen el límite fijado para ser consideradas como delito, pues aunque todas ellas superen en conjunto el límite fijado, si los sumandos no son cada uno por sí mismos constitutivos de delito, no puede apreciarse la figura del delito continuado.

²⁸ *Op. cit.*, pág. 232. Hemos de establecer la consideración al respecto de actualizar si se nos permite la cantidad suscrita de quince millones de pesetas para ambos delitos a los ciento veinte mil euros que proclama la nueva redacción del Código penal para los arts. 305 y 307, tras la reforma introducida en noviembre de 2003.

²⁹ Al respecto se ha manifestado Enrique Sancho, quien establece que no está muy clara la razón por la que en un caso el límite se ha situado más arriba que en el otro, cuando el bien jurídico lesionado es, en definitiva, el mismo, y, cuando no parece que exista una diferencia apreciable en el grado de malicia del agente. En «Consideraciones sobre el delito fiscal», *Crónica Tributaria*, n.º 53, 1985, págs. 78 y 79.

³⁰ (La individualización de la Subvención como absoluta exigencia típica del delito de fraude de subvenciones del art. 308, antes 350.1 del Código penal), en *Cuadernos de política criminal*, 1999, pág. 540.

En síntesis, establece el profesor Cobo del Rosal³¹, cada subvención o ayuda ha de alcanzar el importe típico establecido para poder integrar este delito, y de existir varias, se podría apreciar delito continuado, siempre y cuando se demuestre el concreto comportamiento falsario utilizado en cada una para su obtención y, obviamente, sea cada una superior al importe típico establecido.

5. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE REINTEGRO DEL ART. 308.4

El Legislador ha querido establecer una excusa absolutoria, para aquel *que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actividades de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el ministerio fiscal, el abogado del estado o el representante de la administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida*.

Vemos, como se pone de manifiesto por el Legislador, que mientras para la excusa absolutoria del art. 305.4, utiliza el término *regularización*, en el art. 308.4, utiliza el término *reintegro*, puesto que mientras la esencia del delito de fraude fiscal, radica en regularizar una situación jurídico-tributaria de aquel que en su día se eludió de un pago, la esencia del delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, radica en devolver a la Hacienda Pública, unos fondos dinerarios que no debieron ser atribuidos a su destinatario. O, que de ser legalmente destinados al mismo, no se destinaron a sus adecuados fines para los cuales fueron atribuidos³².

En cualquier caso, el resultado o fin de la cláusula liberatoria es idéntico para ambos delitos, pues la finalidad de la regulación de dicha excusa absolutoria responde a finalidades estrictamente político-criminales, cuales son la salvaguarda de los objetivos de la Hacienda Pública, bien sea regularizando relaciones jurídico-tributarias para seguir utilizando el término escogido por el Legislador, ya sea reintegrando cantidades pecuniarias a sus arcas³³.

6. EL MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

Sobre este capítulo, las opiniones en la doctrina son diversas, un sector doctrinal (quienes recurren a la regulación alemana) establece, que basta con presentar ante la administración, datos falsos o incompletos relevantes para la

³¹ *Ibidem*, pág. 541.

³² Como pone de manifiesto Cortes Bechiarelli, en base al diferente sustrato de incriminación del delito fiscal y del fraude de subvenciones. *Op. cit.*, pág. 234.

³³ Boix Reig (Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal, Delitos Socioeconómicos en el nuevo Código penal), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pág. 280.

concesión de la subvención, desgravación o ayuda, luego sin necesidad de que se produzca el acto de la concesión³⁴.

Ahora bien, con la regulación española en mano, la doctrina sigue dividida, pues algunos consideran que no baste con el simple acto administrativo de concesión de la subvención, desgravación o ayuda, superando como ya anteriormente en otros apartados de este trabajo pusimos de manifiesto la barrera punitiva establecida para que podamos hablar del ilícito del art. 308 C.P. Sino que es preciso que se produzca el efectivo desplazamiento patrimonial con efectiva disponibilidad de la subvención, ayuda, o disfrute de la desgravación.

Por otra parte, y, a nuestro juicio la tesis más acertada, es considerar por consumado el delito, desde el momento mismo de dictarse el acto administrativo de concesión de la subvención o ayuda, así, como del disfrute de la desgravación³⁵.

Una vez lo anterior, damos finalizado nuestro estudio acerca del delito que abordamos y pasaremos a centrar nuestro trabajo en las relaciones existentes entre el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas y el delito de estafa que seguidamente detallamos.

IV. RELACIONES ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL DELITO DE FRAUDE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Como decíamos con anterioridad en la introducción de este estudio, la L.O. 2/1985, fue la introductora del delito de fraude de subvenciones en el ordenamiento criminal, dándole redacción en el art. 350 (que con la nueva regulación de 1995 y sus posteriores reformas, pasó a ser englobada la conducta típica en el art. 308 del Código penal de 1995).

El nuevo art. 350, suscitó desde sus inicios problemas a la hora de la interpretación de la literalidad de la conducta que tipificaba, hasta el punto de ser entendido como una figura de estafa³⁶.

³⁴ Jaén Vallejo, pone de manifiesto como en la regulación alemana, parágrafo 264 StGB, basta con la acción fraudulenta para la consumación del delito, sin necesidad de producirse el acto de la concesión, configurándose claramente como un tipo penal de peligro abstracto. *Op. cit.*, pág. 101.

³⁵ Sobre este particular, Cortés Bechiarelli, opina que no es necesario que total o parcialmente, se haga efectivo el desplazamiento patrimonial, trayendo a esta sede la terminología establecida para los delitos contra el patrimonio, sin que se produzca desplazamiento monetario de clase alguna a favor del administrado, en efecto se exige que efectivamente se produzca un resultado, «la obtención de la subvención, desgravación o ayuda, en más del límite fijado por la reforma del Código Penal del año 2003, en más de ochenta mil euros». *Op. cit.*, pág. 235. Esta tesis ha sido corroborada por la S.A.P. Córdoba 21-06-1999.

³⁶ En este sentido Lamarca Pérez, sostiene que con toda evidencia, nos hallamos pues ante una figura de estafa: Existe un engaño determinante del error del organismo público, se produce un acto

Se entendió desde sus inicios, que si bien es cierto que el artículo no recoge en su redacción típica alusión a los términos «engaño bastante, ánimo de lucro, u error», característicos del delito de estafa, la conducta que describe, puede perfectamente ser subsumida en dicho tipo delictivo.

De esta manera, algunos autores se han planteado si era necesaria la creación de un tipo penal especial de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, o, por el contrario, era suficiente con el tipo penal de estafa³⁷.

Es decir, nos planteamos, si el nuevo tipo penal introducido de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, puede plantear dificultades a la hora de realizar la aplicación por los tribunales de justicia, de la ley al caso concreto, pues pueden encontrarse con supuestos en los que a unos mismos hechos delictivos, les puedan ser aplicados tanto este tipo penal, como el tipo de la estafa (nos encontramos pues con el problema de los concursos de leyes que más adelante abordaremos). Debemos tener en cuenta en este sentido, las consecuencias que pudiere ocasionar la existencia de dos modalidades delictivas, cuyo sustrato de incriminación se encuentra legislado de manera confusa o poco clarificatoria, en orden y, esto sí que debe tenerse en consideración, a la salvaguarda del constitucionalmente exigido *principio de legalidad*.

Una vez lo anterior, pasaremos a poner en conexión uno y otro ilícito criminal, tal como quedan redactados en el actual Código penal de 1995, en la medida que intentaremos realizar un análisis conjunto de ambos.

De esta manera, nos encontramos con que el actual art. 308 del Código penal de 1995, queda redactado de la siguiente manera³⁸:

El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de 80.000 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 cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

De cuanto antecede, ya establecíamos que nuestro objetivo era el ponerlo en relación con el delito de estafa; para ello, nos vemos obligados a exponer su

de disposición por parte de éste y resulta un daño patrimonial cifrado en dos millones y medio de pesetas. *Op. cit.*, pág. 759.

³⁷ Entre ellos Jaén Vallejo, quien se atreve a otorgar al precepto que estudiamos el calificativo de «modelo legislativo de estafa». Y, precisa la dificultad dentro de un sistema jurídico-penal respetuoso con el principio de legalidad, de la aplicación del delito de estafa. *Op. cit.*, pág. 96.

³⁸ Debemos reseñar, que en orden a la parte del estudio que abordamos, nos vamos a centrar en el párrafo primero del art. 308; sobre la conducta del art. 308.2, haremos referencia en apartados posteriores de este trabajo. Además aprovechamos la aclaración que realizamos, para poner de manifiesto que con la reforma del Código penal de 1995 de noviembre de 2003 (como ya adelantábamos en otros epígrafes de nuestro trabajo), ascendió la cuantía en el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, a la cifra de ochenta mil euros, como límite mínimo establecido para ser incriminada la conducta que tipifica como delito).

redacción, como delito contemplado en el art. 248 del Código penal de 1995, que dice así:

Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, en cuanto a las penas impuestas por el delito, habremos de recurrir a la literalidad de los arts. 249 y 250 (a las cuales haremos referencia en momentos posteriores).

Una vez transcrita la redacción de ambos ilícitos, pasaremos en la medida en que podamos, a realizar un análisis conjunto de los mismos.

2. ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS DELITOS DE ESTAFA Y DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS (ARTS. 248 Y 308 DEL C.P.)

En primer lugar, entendemos que una primera aproximación a este estudio, consistiría en delimitar cuál es el bien jurídico que al lesionarse, es castigado con las penas que imponen ambos ilícitos.

En este sentido, entendemos que mientras el delito de estafa, tiene un contenido eminentemente patrimonial, es decir se engloba dentro del título XIII del libro II del Código penal, por considerarse un delito contra el patrimonio. El contenido del delito de fraude Subvenciones, desgravaciones y ayudas, a pesar de ser un ilícito que atenta contra un patrimonio, cuál es el de la administración pública, se centra o tiene su punto de mira en la concreta subvención, desgravación o ayuda como objeto material del delito, es decir, intentamos poner de manifiesto cómo el delito de estafa es un delito genérico contra el patrimonio, y el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, se configura como una específica modalidad de estafa, que sigue lesionando un patrimonio, y, por ello, no vamos a excluir a nuestro considerar, su carácter de delito contra el patrimonio (a pesar de quedar configurado en el Código penal como un delito contra la Hacienda Pública), pero lo que ocurre es que el Legislador a querido configurar un ilícito criminal para castigar las conductas defraudatorias que atenten específicamente contra la administración, más en concreto contra la Hacienda Pública, por ello, encontramos al precepto 308 del Código penal, configurado como ilícito autónomo, e, incluso, englobado en otro apartado del Código penal, distinto al de los «Delitos contra el Patrimonio».

La voluntad del Legislador, de configurar el delito del art. 308 del Código penal como ilícito independiente del resto de delitos que atentan contra el patrimonio, como pudiere ser el delito de estafa, responde consideramos, a razones de política criminal, es decir, de todos es conocido, la importancia que un Estado Social y Democrático de Derecho como es el nuestro, tiene el fenómeno subvencional, con lo cual necesita de un efectivo sistema de protección penal.

Es decir, nos encontramos ante dos ilícitos que castigan atentados contra un mismo bien jurídico cuál es el patrimonio, que la razón de su ubicación en lu-

gares diferenciados del ordenamiento criminal responde a cuestiones de política criminal, y, que mientras el objeto material del delito de estafa, es el patrimonio en general, el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, encuentra como objeto material específico, el patrimonio de la Hacienda Pública, en su modalidad de falseamiento u ocultación de datos para la consecución de un fin, cuál es la obtención de una subvención o ayuda, o el disfrute de una desgravación.

Existen otras consideraciones a tener en cuenta, como pudieran ser la penalidad con la que el legislador del Código penal de 1995, ha sancionado uno y otro ilícito. En este sentido, el Legislador del Código penal de 1995, ha modificado el intervalo de penalidad de ambos delitos, la pena de uno y otro delito, establecen algunos sectores doctrinales, será importante, en la medida en que el ilícito que más alto intervalo de pena imponga, ejercerá un valor jerárquico superior respecto del otro ilícito, que quedará configurado como delito subsidiario del principal.

De esta manera, si con la regulación anterior, el intervalo de pena configurado para el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, era superior al asignado para el delito de estafa, con la nueva legislación de 1995, se produce un vuelco de penalidad, asignándose penas superiores para los ilícitos penales configurados en los arts. 249 y 250 del ordenamiento criminal.

En este sentido se ha pronunciado entendemos, con gran acierto en su resolución pero no en su planteamiento, el profesor Martínez-Buján³⁹, quien considera al delito de estafa inequívocamente como un delito de mayor gravedad que el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y, que por tanto, la ley principal será el delito de estafa y la subsidiaria el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas.

Pero esta lógica deductiva no nos sirve desde el momento en que el Legislador con nuevas regulaciones modifique las penas de ambos ilícitos⁴⁰. Es por ello, que tendremos que buscar motivos más razonables para encontrar justificación a la subsidiariedad proclamada para ilícito del art. 308 respecto del delito de estafa, como a continuación estudiaremos.

Hay que partir de una premisa básica para encontrar justificación a la relación de subsidiariedad proclamada para un ilícito principal sobre el subsidiario del art. 308, debemos partir de un punto cero, dicho punto entendemos, se encuentra en la cuantía de la subvención, desgravación o ayuda. Así, encontramos, que si no se superare el límite mínimo establecido de ochenta mil euros, la conducta

³⁹ *Op. cit.*, pág. 1535.

⁴⁰ Como actualmente así ha sucedido con el decremento de pena establecido para el art. 249, que queda configurado con menor penalidad que el art. 308, con motivo de la reforma del Código penal de 2003.

delictiva no llega ha ser revestida de la condición de delito. O más concretamente, como opinan sectores doctrinales, si no se supera el límite mínimo, el hecho no puede castigarse como estafa⁴¹.

Dicho lo anterior y, en síntesis, en el caso de que se supere el límite mínimo establecido para el ilícito del art. 308 del Código penal, nos encontraríamos con una conducta ya considerada como delictiva que cumple los elementos del tipo de estafa.

Será en este momento preciso, en el que nos encontramos ante el controvertido concurso de leyes que seguidamente abordaremos.

3. CONCURSO DE LEYES ENTRE EL DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES, DESGRAVACIONES Y AYUDAS Y EL DELITO DE ESTAFA

Puede decirse que todavía no se ha elaborado un método o regla unívoca, para resolver los problemas de concurso de leyes que se generan con motivo de la regulación independiente de ambos delitos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido entendiendo que rige el *principio de Especialidad*⁴², es decir, aquel tipo penal que además de todos los elementos del tipo de la figura general, como pudiere ser la estafa, contiene otras particularidades características típicas que puedan ser denominadas específicas; en el momento en que falte estas características específicas que forman parte del tipo, entraría en juego la aplicación de la ley general. En este sentido, contemplamos, como el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, además de contener los elementos del tipo penal de la estafa, es decir, engaño bastante que conduce a error a un sujeto pasivo como pudiere ser la Hacienda Pública, que de este error deriva un desplazamiento patrimonial pro-

⁴¹ Siguiendo la tesis formulada por F. Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 14.ª ed., Valencia, 2002, pág. 1009.

⁴² La S.T.S. 10-05-1985, nos establece la siguiente doctrina jurisprudencial: «El principio de especialización, que ya fue conocido por los jurisperitos romanos, e cuya aplicación supone que cuando entre las normas en aparente conflicto exista una relación de género a especie, ésta debe obtener la prioridad sobre aquella, excluyendo su aplicación, requiere que la norma reputada especial contenga todos los elementos de la figura general, presentando además otras particulares características típicas que pueden ser denominadas específicas, especializadas o de concreción, constituyendo así una subclase o subespecie agravada o atenuada de aquella que precisamente por la existencia de éstos comprende o abarca un ámbito de aplicación mucho más restringido y por ello capta un menor número de conductas antijurídicas, por lo que ambos tipos han sido comparados con dos círculos concéntricos de diferente radio, mayor el general y menor el especial, lo que da lugar a que cuando el tipo especial no resulta aplicable por faltar los elementos o características de concreción que forman su peculiar estructura típica, la conducta enjuiciada puede ser subsumible en el tipo genérico, que así resulta subsidiario cuando fracasa el pretendido encuadramiento de la conducta en el específico», citada por Castello Nicás, *El concurso de normas penales*, Granada, 2000, págs. 117 y 118.

La S.T.S. 29-09-1997, vuelve a declarar la supremacía del *principio de especialidad*, citada por el profesor Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, pág. 239.

duciéndose de esta manera un beneficio para el subvencionado, beneficiario de la desgravación o destinatario de la ayuda, contiene a su vez elementos del tipo más específicos como pudieren ser que el objeto material de este delito se circunscribe específicamente a la pretendida subvención, desgravación o ayuda o, el límite mínimo dinerario a sobrepasar que se configura como un elemento más del tipo.

Ahora bien, siguiendo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, en el momento en que faltaren estas características de concreción que conforman su peculiar estructura típica, la conducta enjuiciada puede ser subsumible en el tipo genérico, como pudiere ser el de estafa.

De esta manera, nos encontramos con una ley general, el tipo genérico del delito de estafa, y con una ley especial, el tipo genérico revestido de unas concretas especificidades cuáles son las configuradas en el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, que de no darse estas especificidades que conforman su concreción especial típica, entraría en juego el delito de estafa como tipo penal de recogida.

Una vez afirmada jurisprudencialmente, la preponderancia del delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas por razón del *principio de especialidad*⁴³, el debate va a ser centrado en sostener cual de los dos instrumentos sancionadores entrará en juego en el momento en que la conducta no supere el límite mínimo establecido en el art. 308, será de aplicación el delito de estafa o, por el contrario, por debajo de esa cantidad defraudada se da entrada al derecho administrativo sancionador.

Si consideramos como más acertada la opinión de otorgar papel preponderante al derecho administrativo como efectivamente proclaman las leyes, ponemos en tela de juicio, si el límite mínimo establecido a superar para dar entrada en juego al precepto 308, se configura efectivamente como una condición objetiva de perseguibilidad, pues el derecho administrativo vendría a colmar esas lagunas de punibilidad. Por tanto, es precisamente la no superación de la cuantía y, la entrada en aplicación del derecho administrativo, la que hace decaer la aplicación del *principio de especialidad* y, como con anterioridad en otros apartados de este trabajo establecíamos, es el punto cero del que hay que partir para justificar la aplicación del *principio de subsidiariedad*.

Por tanto, con lo anterior, ya hemos de partir de una premisa básica, cual es considerar que la línea jurisprudencial sostenida, sólo tendrá cabida cuando podamos reputar la conducta como delictiva (es decir, que sea superado el límite

⁴³ Así, la S.T.S. 1-03-2002, corrobora esta tesis afirmando: «Estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad» (art. 8.1 del Código penal).

mínimo impuesto), una vez ello sucediere, y, compartiendo junto con la tesis que sostiene la jurisprudencia de la idea de similitud entre ambos preceptos, nos desviamos por camino distinto⁴⁴, es decir, sostenemos que la similitud en ambos ilícitos es indiscutible, pero el contenido de uno y otro es distinto, en el sentido de que mientras con el ilícito de estafa, el Legislador quiere sancionar conductas eminentemente atentatorias contra el patrimonio en los que el perjuicio ocasionado por el agente queda desconectado de la única idea de obtener una subvención, desgravación, o ayuda; la conducta que quiere sancionar el Legislador con el art. 308, es el específico atentado al patrimonio público, con la idea de un fin concreto, cuál es obtener una subvención, ayuda, o el disfrute de una desgravación, en orden a erradicar las conductas antisociales producidas en el marco de un fenómeno en auge como es el fenómeno subvencional.

En síntesis, consideramos que tanto en uno como otro ilícito se atenta a un mismo bien jurídico, que los elementos del tipo de ambos presentan bastantes similitudes, pero, entendemos, que la configuración con la que el Legislador ha descrito expresamente la conducta a prohibir por uno y otro, responde a fines diferentes sin que hallamos de caer en la tentación de confundirlos.

De esta manera, y para tratar de aclarar aún más lo expuesto, defendemos la tesis del profesor Martínez-Buján quien afirma, «que el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y el delito de estafa, poseen en principio ámbitos de aplicación perfectamente diferenciados, en virtud de lo cual cabe deslindar los casos en que se aplicaría el delito de estafa y los casos en que se aplicaría el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, sin que surja conflicto alguno».

Partiendo de este punto, la línea de demarcación de uno y otro ilícito, se encuentra en apreciar el delito de estafa en los casos en que la conducta ilícita no se encuentra tanto en falsear u ocultar las condiciones para la consecución de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, sino que el fin principal es obtener ese desplazamiento patrimonial sin tener intención de destinar esos fondos a el fin para el que fueron otorgados.

En cambio, podremos apreciar el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, en los casos en que la finalidad del agente sí que tiene consonancia con la legalidad, es decir, tiene como fin, el destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, pero no tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución.

⁴⁴ Nos adherimos a la postura del profesor Cortes Bechiarelli, quien sostiene, que ambas figuras delictivas es cierto que comparten similitudes, pero el carácter preponderantemente patrimonialista de la estafa, le hace mostrar una estructura típica diversa respecto a la escogida por el Legislador para articular el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas públicas. *Op. cit.*, pág. 241.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL T.C. SOBRE LA APLICACIÓN DE AMBOS DELITOS. ANÁLISIS DE LA S.T.C. 13/2003, DE 28 DE ENERO

La sentencia que abordamos, resuelve otorgando amparo constitucional al recurso solicitado por la demandante del mismo, que fue condenada por la S.A.P. Valencia, 23-11-1999, y por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Valencia, en sentencia 16-06-1999, como autora de un delito de estafa.

Por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Valencia, se dictó sentencia de fecha 16-06-1999, por la que se condenaba a la recurrente, como autora responsable de un delito de estafa continuado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de dos años y seis meses de prisión accesoria, costas procesales incluidas las de la acusación particular, y a indemnizar a la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalitat valenciana en la cantidad de 1.037.724 pesetas más los intereses legales.

La sentencia considera probado que la acusada (madre de un niño matriculado en el Colegio Público Padre san Vicente Ferrer), solicitó desde el curso 1991-92 hasta el curso 1998-99, becas de transporte escolar y comedor, manifestando que tenía su residencia en la población de Sacañet, cuando realmente vivía en la localidad de Liria, obteniendo de esta manera ayudas económicas por los conceptos mencionados por un importe total de 1.037.724 pesetas.

Tales hechos probados fueron considerados como constitutivos de un delito de estafa continuado, previsto y penado en los arts. 248.1 y 249 del Código penal de 1995, en relación con el art. 74.1 del mismo cuerpo legal, considerando que concurren todos los elementos del tipo: engaño consistente en hacer constar en la solicitud presentada ante el Consejo escolar y a la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia, que vivía en Castañet, para obtener la beca de transporte y comedor, consiguiendo así el desplazamiento patrimonial de la Consejería a su favor, con el empobrecimiento de aquella y el enriquecimiento propio.

Frente al argumento de descargo de la defensa que considera tal conducta atípica, al constituir los hechos el delito previsto en el art. 308 del Código penal, y no superar la defraudación la cuantía de diez millones de pesetas, se dice «que el mismo no es mantenible, pues tal precepto sólo se aplicaría si hubiera conflicto de normas, en cuyo caso regiría el *principio de especialidad* esgrimido por la defensa y recogido en el art. 8.1 del Código penal. Esto es, el argumento de la defensa en su silogismo deductivo peca de un error en la premisa mayor, siendo dice el Tribunal Constitucional mantenible su postura, regiría el *principio de especialidad*, cuando los hechos delictivos fueran susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código penal, lo que afirma el Tribunal, no ocurre en el caso de autos, pues la conducta de la acusada sólo puede ser calificada como estafa y no como delito contra la Hacienda Pública del art. 308, que exige una cuantía de diez millones de pesetas para reputar antijurídica la conducta».

Recurrida en apelación la anterior resolución, es ratificada por S.A.P. Valencia 23-11-1999, si bien modificando la pena a imponer, al considerar de aplicación y más beneficioso el Código penal de 1973 (arts. 528 y 69 bis), condenando a la acusada a la pena de tres meses de arresto mayor, accesoria y costas, con arreglo a ese cuerpo legal.

Respecto de la tesis de la defensa, que consideraba la conducta incardinable en el tipo especial previsto en el art. 308 C.P.; e impune al no superar la cuantía de lo defraudado los diez millones de pesetas, se afirma, «que necesariamente debe confirmarse la resolución recurrida por sus propios fundamentos, toda vez que el citado art. 308 que se invoca se halla en el título XIV del título II, bajo la rúbrica «de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», lo que imposibilita la incardinación de la conducta realizada por la recurrente en dicho artículo, como con acierto expone el juzgador de instancia».

Una vez lo anterior, la recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración del *principio de legalidad penal* (art. 25.1 C.E.). Se denuncia, que se la ha condenado por unos hechos que en el momento de su enjuiciamiento, no constituían delito, pues la conducta no era subsumible en el delito de estafa, como entienden los órganos judiciales, sino que desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, y en virtud de lo dispuesto en las disposiciones transitorias primera y novena, regla a), el Legislador ha previsto un tipo especial, el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, mediante el falseamiento de datos para su obtención (art. 308 C.P.), que sólo es punible si la cuantía de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación obtenida supera los diez millones de pesetas, siendo atípica la conducta, y constitutiva de un mero ilícito administrativo, por debajo de dicho límite. Por tanto, la condena por delito de estafa es contraria a la ley, conforme a la reiterada y pacífica interpretación de la misma por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la Fiscalía General del Estado y de la doctrina científica.

Es admitido a trámite la solicitud de amparo y el Tribunal Constitucional resuelve el mismo otorgando amparo constitucional. Los fundamentos jurídicos que esgrime el Tribunal Constitucional son los siguientes:

El debate procesal se centra en la admisibilidad constitucional de la aplicación del tipo de estafa al presente supuesto llevada a cabo por los órganos judiciales, lo que, conforme a nuestra jurisprudencia, ha de examinarse desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 de la C.E., (*principio de legalidad*).

Una vez realiza este planteamiento, comienza argumentando: nuestro canon de enjuiciamiento constitucional configurado a partir de la S.T.C. 137/1997, es el siguiente:

Cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del *principio de legalidad penal*, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto

de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica.

Sentado cuanto antecede y examinada la motivación de las resoluciones impugnadas, cabe concluir que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de estafa, y la exclusión del fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas al presente supuesto, es acorde con las exigencias del *principio de legalidad*.

Por ello, afirma el Tribunal que tal subsunción judicial de los hechos en el delito de estafa, es sin duda posible a la vista del tenor literal del precepto, así pone manifiesto el Tribunal («cometen estafa los que con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno» como indica el art. 248.1. C.P., sustancialmente idéntico al antiguo art. 528. C.P. 1973, aplicado por la sentencia de apelación), que no excluye como sujeto pasivo a las administraciones públicas).

De esta manera, afirma el Tribunal que no constituye pues una interpretación extravagante e imprevisible del delito de estafa, afirmar que éste concurre en un supuesto en el que se articula un engaño frente a un organismo de una administración pública, consistente en la aportación de datos falsos relativos al lugar de residencia en la solicitud de unas ayudas, engaño que genera un error en el destinatario de la información, siendo dicho error el determinante del acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio patrimonial para la administración y para terceros, dado que se frustra el fin para el que se conceden las ayudas y otros potenciales beneficiarios de las mismas se ven privados de ellas, como destacan los órganos judiciales.

Ahora bien, expone el Tribunal, y, a nuestro juicio, es en este momento donde habría que perfilar una regla única para resolverlo, los órganos judiciales, al realizar el proceso de subsunción de los hechos en una norma penal, no pueden prescindir de la existencia de otras normas, con las que pueden existir relaciones concursales, y, precisamente, lo que plantea la recurrente es que la estafa resultaba inaplicable al caso concreto, no porque no concurrieran los elementos típicos de la misma, sino como consecuencia de su relación concursal con el art. 308 C.P., que tipifica el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, (en concreto, en el número primero, la conducta de quien «obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las administraciones públicas de más de diez millones de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido»), como afirma el Tribunal, que sería la ley especial, tal como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, como parecen admitir implícitamente los órganos judiciales.

El Tribunal Constitucional, intenta resolver el problema concursal en el (FJ.5) de la sentencia, pero, establece, «en relación con el problema concursal entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, a falta de determinación legal inequívoca, no podemos entrar a decidir cual es la regla correcta para resolverlo, sino que nuestro control, se limitará a comprobar a partir de la motivación expresada en las resoluciones judiciales, si la decisión judicial de aplicar el delito de estafa y excluir el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas en el supuesto concreto, era imprevisible».

Con este punto de partida, sostiene el Tribunal, ha de constatarse, por una parte, que la existencia de un tipo distinto al aplicado como es el art. 308 C.P., en cuya acción típica parece encajar más específicamente la conducta de la recurrente y que exige la superación de una determinada cuantía en lo defraudado, puede generar en el destinatario de la norma, la expectativa de que cualquier obtención fraudulenta de subvenciones, ayudas o disfrute de desgravaciones, sólo es punible por encima de dicha cuantía. Y, seguidamente, entra a valorar las resoluciones recurridas, afirmando, «que si examinamos la fundamentación de las resoluciones judiciales, puede comprobarse que para la sentencia de instancia no existe concurso de normas porque la cuantía de lo defraudado es inferior a diez millones de pesetas», y, resuelve, tal entendimiento de las relaciones concursales entre ambas normas no resulta constitucionalmente aceptable, al ser imprevisible; «pues carece de toda lógica afirmar, como parece hacerlo la sentencia, que la *ratio de la especialidad* radica en la cuantía, con lo cual el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, sería ley especial por encima de los diez millones de pesetas y dejaría de serlo por debajo de tal cantidad».

A continuación entra el Tribunal a valorar la resolución de la S.A.P., y sostiene, «también carece de razonabilidad la respuesta de la Audiencia», pues afirma, «el único dato adicional que aporta a la realizada por el Tribunal de instancia, es una genérica referencia a la ubicación sistemática del precepto, atribuyéndole aparentemente un alcance reductor de su ámbito de aplicación que, sin mayor justificación, resulta ininteligible», y, añade para fundamentar su consideración, que se trata de una interpretación extravagante de las normas concursales que distorsiona el sentido de la regla de la especialidad. Y, finaliza, sin perjuicio de que el resultado al que se llega pueda alcanzarse por otros caminos, cuestión que sólo a los tribunales penales compete y en la que, por tanto, no puede entrar este Tribunal.

Por último, y en atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional resuelve de la siguiente manera:

Otorga el amparo constitucional solicitado declarando:

- 1) Que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.).

- 2) Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Valencia, 16-06-1999, y la S.A.P. de Valencia, 23-11-1999, sección quinta.

Una vez, expuestos los fundamentos jurídicos considerados por el alto Tribunal en aras a otorgar el amparo constitucional solicitado, anulando de esta manera las resoluciones de los juzgados de instancia y apelación respectivamente, entraremos a poner de manifiesto unas conclusiones personales sobre la decisión del alto Tribunal.

Consideramos sobre este particular, que actuaba con certeza el Tribunal Constitucional, al esgrimir que la admisibilidad constitucional de la aplicación del tipo de estafa al caso concreto llevada a cabo por las sentencias recurridas, era el centro del debate procesal, pero entendemos que no era éste el planteamiento adecuado para la resolución del caso, sino que sólo servía para encontrar un fundamento a su legitimidad para conocer del mismo, pues, precisamente de considerarse no aplicativo el tipo penal de estafa al supuesto que tratamos, se estaría produciendo una vulneración del *principio de legalidad penal*, es decir, se estaría realizando por los tribunales de instancia y apelación respectivamente, una interpretación extensiva del tipo penal de estafa a conductas que no parecen claramente subsumibles en el mismo, dicha posible vulneración, es precisamente la que da entrada a conocer al alto Tribunal sobre el caso en concreto, por tratarse de un derecho constitucionalmente reconocido como es el derecho a no ser castigado por conductas que no se encuentren claramente tipificadas como delitos o faltas en el ordenamiento criminal, y, por tanto susceptible de amparo constitucional.

Una vez planteada la posible vulneración del *principio de legalidad* mediante la aplicación del tipo penal de estafa al supuesto en concreto, el Tribunal intenta poner de manifiesto, de qué maneras el ataque a este principio constitucionalmente reconocido por el (art. 25.1 C.E.), se hace efectivo.

De esta manera, entendemos, parte de la premisa de comprobar si efectivamente la conducta antisocial realizada por la condenada, tiene encuadramiento en el tipo penal de estafa, y, por tanto no contraviene el principio penal anteriormente aludido, y nos da la impresión de que no trata de encajar la conducta en otro tipo penal del ordenamiento más acorde para sancionar el ilícito cometido.

Una vez realizada la operación indicada, llega a concluir que la interpretación y aplicación del tipo de estafa por los órganos judiciales y la exclusión de la aplicación del tipo de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas al caso, es acorde con el principio de legalidad.

Con motivo de los argumentos esgrimidos por la defensa, de considerar en aplicación el delito del art. 308, el Tribunal entra a valorar sobre ello, observa como con la conducta de la condenada en instancia y en apelación, concurren

los elementos del tipo de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, y, por ello, se encuentra con dos leyes en aplicación al mismo supuesto, el precepto 248 y el precepto 308, una vez lo anterior, asume que la conducta típica de la recurrente parece encajar más específicamente en el tipo del art. 308, asumiendo la regla del *principio de especialidad*, reiteradamente recurrido por la jurisprudencia y recogido en el art. 8.1 C.P.

De esta manera pretendía resolver el problema del concurso de leyes, pero no cuenta con un dato importante, cual es que el tipo recogido en el art. 308, exige para poder incriminar la conducta como delito, que el importe de la subvención, desgravación o ayuda supere el límite mínimo de diez millones de pesetas, elemento que no se da en el presente supuesto, con lo cual decide rechazar la tesis de dar cabida al *principio de especialidad*.

En síntesis, el Tribunal se encuentra ante una conducta perfectamente encuadrable tanto en el tipo penal de estafa (art. 248) como en el tipo penal de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas (art. 308), que por tratarse de una conducta ilícita, consistente en falsear documentos en aras a obtener ayudas públicas, parece que a pesar de que con la conducta concurren los elementos del tipo de estafa, como sostiene el Tribunal Constitucional, y como también afirma la propia recurrente, el tipo del art. 308, por el perfecto encaje de la conducta realizada con su dicción literal, parece ser el más apropiado al efecto. De ello, se da cuenta el Tribunal, e intenta resolver el concurso de normas aplicando *el principio de especialidad*, pero fracasa, pues al no superarse la cuantía mínima exigida por el tipo del art. 308, no nos encontramos ante un delito; y, por tanto, no existe tal concurso de normas. Una vez consciente de lo que decimos el alto Tribunal, se limita a establecer que la argumentación llevada a cabo por los órganos judiciales es insostenible, pues se trata de una interpretación extravagante de las normas concursales que distorsiona el sentido de la regla de la especialidad. Entendemos que el Tribunal en este sentido se lava las manos, es decir, no entra a resolver el problema del posible concurso de normas, estableciendo que es competencia de los tribunales penales, es más, el propio Tribunal, se contradice a sí mismo, pues establece que la aplicación del tipo penal de estafa al caso, no vulnera de forma alguna *el principio de legalidad*, para después en el fallo, decir que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la legalidad penal anulando las resoluciones de las sentencias recurridas.

Entendemos, que el Tribunal Constitucional acierta con su decisión, pero no llega a la misma por el adecuado camino o, dicho de otra manera, por el camino más liberado de trabas, es decir, a nuestro juicio, no era necesario plantearse la adecuación a la legalidad penal de la aplicación del tipo penal de estafa al supuesto que tratamos, en la medida en que desde un primer momento su respuesta ya se adelantaba afirmativa, pues con la conducta de la recurrente, se dan necesariamente elementos del tipo de un delito y otro, por la similitud con la que quedan configurados por el Legislador de 1995 en el ordenamiento criminal. Como consecuencia de ello, era evidente pues, plantearse el problema

del concurso de leyes. Si desde los inicios, el Tribunal, hubiera sido cauto, y, hubiera observado la idoneidad de la subsunción de la conducta en el tipo del art. 308, ni siquiera hubiera tenido que plantearse un problema concursal, cuestión sobre la cual no ha sabido configurar una regla para resolver.

Era evidente, o, al menos así lo entendemos, que la conducta antisocial realizada, era encuadrable en el tipo del art. 308, pues falsear condiciones para conseguir ayudas es específicamente lo que tipifica, adelantándose por tanto, al delito de estafa en la protección del bien jurídico cual es el patrimonio público, entendemos pues, que no tendría aplicación en este supuesto el tipo penal de estafa, en nuestro entender entraría en juego el tipo de estafa, cuando la ayuda una vez obtenida, no se destinara para el fin otorgado y, previamente el sujeto agente se hubiera representado no destinar las ayudas al adecuado o previsto fin, utilizándolas de esa manera, como mecanismo engañoso de enriquecimiento personal y perjuicio del patrimonio público, es decir, cuándo se produzca una efectiva defraudación del patrimonio público, pero no cuándo se falsean u ocultan las condiciones requeridas para su obtención, ya que el hecho de falsear u ocultar documentos, comporta la conducta típica del art. 308.1 C.P. Ya decíamos que el Tribunal acertó con su decisión final, pues, con su conducta, la recurrente no superaba la cuantía mínima exigida para considerarla delictiva, con lo cual, la misma es susceptible de sanción por el derecho administrativo, como acertadamente entendemos concluyó el Tribunal Constitucional. De esta manera que exponemos, el alto Tribunal no hubiera caído en la contradicción de establecer que la interpretación y aplicación por los órganos judiciales del tipo penal de estafa al caso concreto, era acorde con las exigencias del principio de legalidad, para después en el fallo, decir que con dicha aplicación ha sido vulnerado.

5. CONCLUSIÓN Y CONSECUENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES

De todas las hipótesis vertidas sobre la fijación de reglas destinadas a la resolución del problema de concurso de leyes que plantea la supervivencia de los delitos de fraude de subvenciones, ayudas o disfrute de desgravaciones y estafa en el ordenamiento criminal, nos parece más acertada la que seguidamente detallaremos.

El (art. 8 C.P.), nos establece una serie una serie de reglas para los casos en que los hechos sean susceptibles de ser calificados conforme a dos o más preceptos del Código penal, de esta manera, nos encontramos como en la regla numerada como segunda, se establece:

El precepto subsidiario, se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente esa subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

Conforme a esta regla, nos encontramos pues con la misión de delimitar cual es el delito subsidiario del principal, y, para ello, tenemos que partir de la

concepción sobre la subsidiariedad a escoger. En este sentido, nos parece acertada la tesis de Martínez-Buján⁴⁵, quien sostiene que en la medida en que ambas conductas delictivas atentan contra el patrimonio público, mientras el art. 248, comporta una efectiva lesión de ese bien jurídico protegido, la conducta definida en el art. 308, tutelaría agresiones a ese mismo bien jurídico en fase anterior a la lesión. Es decir, el hecho de castigar el falseamiento de condiciones para el fin perseguido, tipificado en el art. 308, suscita un adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico del patrimonio tutelado en el delito de estafa. Lo que justifica, que, en caso de conflicto, la agresión más próxima y perfecta del bien jurídico, prevalezca sobre la menos intensa, según la concepción de la subsidiariedad aquí recogida.

Es por ello, entendemos, que de efectivamente haberse realizado la conducta consistente en falsear u ocultar las condiciones requeridas para obtener la pretendida subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, en el momento de producirse el acto de concesión (momento consumativo del delito), ya nos encontraríamos con dicha conducta delictiva tipificada en el art. 308, por el contrario, estaríamos en presencia del tipo penal de estafa, cuando esos fondos obtenidos fueran destinados a motivos diferentes de los perseguidos con la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, pues, mientras el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, castiga los motivos falseados o ocultados para conseguir el otorgamiento perseguido, la conducta tipificada como estafa, consiste en utilizar el mecanismo de las ayudas públicas, subvenciones o disfrute de desgravaciones, como instrumento engañoso para conseguir la defraudación. De tal forma, que mientras que con el delito del art. 308, se castiga la defraudación al patrimonio público para conseguir la ayuda, subvención o disfrute de la desgravación, con el delito de estafa, se defraudaría al mismo bien jurídico protegido, con la finalidad de obtener una defraudación en beneficio propio y perjuicio del mismo, utilizando las ayudas, subvenciones o desgravaciones como instrumento engañoso en aras de su producción.

Llegamos a la afirmación expuesta de la siguiente manera, el delito de estafa, por su mayor cantidad de desvalor de acción, de desvalor resultado, y por exigirse para su consumación la existencia de ánimo de lucro, que comporta el tipo subjetivo del mismo, se configura como un delito principal sobre el subsidiario que se reservaría al delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas⁴⁶, ahora bien, como exponíamos, el fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, se adelanta en la protección del bien jurídico lesionado cual es el patrimonio público, tutelándolo en un momento anterior, encargándose

⁴⁵ *Op. cit.*, pág. 1543.

⁴⁶ En este sentido Martínez-Buján sostiene que sólo la relación de subsidiariedad del fraude de subvenciones, desgravaciones o ayudas frente a la estafa, conforme al pensamiento valorativo «minus-*maius*» entre dos preceptos concebidos como formas de agresión a un mismo bien jurídico, permite ofrecer una respuesta adecuada a todas las hipótesis que se puedan plantear en esta materia y a las observaciones político-criminales críticas efectuadas por la doctrina. *Ibidem*, pág. 1542.

por tanto éste de la tutela del bien jurídico también protegido por el delito de estafa en un momento anterior al que pudiese realizarlo la estafa, complementando de esta manera a la estafa, la cual quedaría reservada su incriminación para un momento posterior, cuál es el efectivo desvío de fondos con la finalidad de frustrar el fin primario de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación.

En cuanto a la conducta tipificada en el art. 308.2, cual es *que en el desarrollo de una actividad subvencionada, se incumplan las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los cuales la subvención fue concedida*, hemos de decir que en este supuesto, ya no existe ese adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico por parte del delito de fraude de subvenciones, pues ya no hablamos de un delito que se consuma con el acto administrativo de concesión, sino que nos encontramos, con que se ha producido un desplazamiento patrimonial, y los fondos no han sido destinados a los fines por los que fueron concedidos, en este caso sí que entraría en juego a la vez la aplicación el delito de estafa y de fraude de subvenciones (art. 308.2), pues se dan los elementos del tipo de ambos.

En este supuesto, a nuestro entender, aplicaríamos el tipo penal de estafa en el momento en que antes de producirse el efectivo desplazamiento patrimonial, el sujeto agente ya se había representado ese desvío de fondos para fines particulares utilizando el mecanismo de la subvención o ayuda o disfrute de la desgravación, como mecanismo engañoso para conseguir ese acto de disposición.

De esta forma indicada, aplicaríamos el delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, para el caso en que la conducta maliciosa representada por el sujeto agente no se hubiera podido demostrar, conducta maliciosa esta, que representaría el ánimo de lucro que conforma el tipo subjetivo del delito de estafa⁴⁷. Y, además, cuando de no hacerse una efectiva frustración del fin primario de la subvención, caso en que nos encontraríamos con el delito de estafa, en virtud de la teoría de la frustración del fin, sólo se produjera una alteración sustancial de las condiciones exigidas⁴⁸.

⁴⁷ En este caso sí que encontramos eficacia plena al *principio de subsidiariedad*, pues como entienden F. Muñoz Conde y M. García Arán, «es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige estos requisitos», *Derecho Penal Parte General*, 6.^a ed., Valencia, 2004, pág. 472. Que aplicado al caso, de no cumplirse la conducta maliciosa previa al engaño de desviación de fondos que exige el tipo subjetivo del delito de estafa, entra en aplicación el tipo del art. 308.2, que no exige una completa frustración del fin primario que inspiró la subvención como afirma Martínez-Buján, sino sólo, una alteración de las condiciones relevantes con las que se concedió. *Op. cit.*, pág. 1544.

⁴⁸ En este sentido Martínez-Buján, afirma como si no se produce una desviación total de los fondos que lleve a la frustración del fin primario de la subvención, no puede apreciarse el tipo penal de estafa, y, por tanto, entraría en juego el tipo del art. 308, pues en ese caso sólo se hubiese producido una alteración sustancial de las condiciones requeridas, como nos expone la dicción literal de este último. *Ibidem*, pág. 1544.

En tercer lugar, no nos queda más que proclamar la entrada en juego del derecho administrativo sancionador, en los casos en que la punibilidad del delito de fraude de subvenciones, desgravaciones y ayudas, decaiga con motivo de la no superación de la subvención o ayuda de la cuantía establecida por el tipo penal, configurándose la conducta en este caso como un mero ilícito administrativo.

Por último, no quisiéramos finalizar sin realizar una reflexión personal de última hora, si entendemos la política-criminal como un factor empírico o de utilidad que lleva al Legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta, podemos encontrar justificación a la supervivencia del art. 308 en el ordenamiento criminal, es decir, intenta erradicar las posibles defraudaciones al patrimonio público, producidas con motivo de un fenómeno en auge como es el fenómeno subvencional, pero, además con él, entendemos, viene a complementar al delito de estafa, como exponíamos con anterioridad, pues viene a realizar un adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico tutelado en ambos delitos (art. 308.1), y además, viene a suplir aquellos casos en que la compleja comitiva delictiva de la estafa no pudo ser demostrada y, se produzca una alteración sustancial de las condiciones establecidas, alterando los fines para los cuales la subvención fue otorgada (art. 308.2).

Además, como respuesta a los fraudes que se puedan producir en esta materia, el ordenamiento jurídico español, dispone tanto de medidas carácter penal como vemos, como de medidas de carácter administrativo como también hicimos referencia; de esta manera, como expone Jaén Vallejo⁴⁹, «la diferencia entre el delito y la infracción administrativa, responde básicamente a un criterio puramente cuantitativo».

⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 92.