

38

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

ET S'PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2016

38

Revista Penal

Julio 2016



Penal



Revista Penal

Número 38

Sumario

Doctrina:

- Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por *Mercedes Alonso Álamó* 5
- El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por *Miguel Ángel Boldova Pasamar*. 40
- Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por *Paulo César Busato* 68
- La cámara oculta en el proceso penal, por *Javier Ángel Fernández-Gallardo* 85
- Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por *M^a Carmen Gómez Rivero* 107
- El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por *María Concepción Gorjón Barranco* 127
- Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por *Luis Gracia Martín* 147
- El *stalking* en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por *Anna Maria Maugeri* 226
- Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por *David Pavón Herradón* 254
- Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por *Javier Sánchez Bernal* 276
- Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por *Vincenzo Tigano* 299
- Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por *Asier Urruela Mora* 322
- Sistemas penales comparados:** Financiación del terrorismo (Terrorism Financing) 346
- Noticias:** Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin 399
- Notas bibliográficas:** por *Cristina del Real Castrillo* 403



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales

M^a Carmen Gómez Rivero

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

Ficha Técnica

Autor: M^a Carmen Gómez Rivero.

Title: Fraud, falsehood, disloyal administration and subvention fraud: a review of its relations concurrency.

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Sevilla.

Sumario: I. Introducción. II. Estafa y fraude de subvenciones. 1. Los intereses protegidos por el delito de fraude de subvenciones. 2. Las relaciones concursales entre la estafa y el fraude de subvenciones. 2.1. Supuestos en que el fraude cumple todos los requisitos para ser calificado conforme al art. 308 CP y, entre ellos, alcanza la cifra de los 120.000 euros. 2.2. Casos en que el fraude no supera los 120.000 euros. III. Falsedades documentales y fraude de subvenciones; IV. Administración desleal del patrimonio público y fraude de subvenciones.

Resumen: Se trata en la presente contribución el régimen concursal del delito de fraude de subvenciones con los tipos de estafa, falsedad y administración desleal del patrimonio público. La tradicional dificultad asociada a su régimen se ha visto afectada por las recientes leyes de reforma del Código penal que en algunos aspectos han arrojado nueva luz sobre la materia y en otros han incidido complicando aún más la solución de los respectivos supuestos. Se estudian también algunos fallos recientes del Tribunal Supremo, que aportan interpretaciones novedosas sobre las respectivas cuestiones objeto de estudio.

Palabras clave: Estafa, fraude de subvenciones, falsedad, administración desleal del patrimonio público, concurso de leyes, concurso de delitos.

Abstract: The paper deals with relationship between the offense of subsidy fraud, fraud, forgery and unfair management of public assets. The difficulty has been increased by recent laws penal code reform. Some recent Supreme Court rulings that provide novel interpretations in the field are also studied.

Key words: Fraud, subsidy fraud, forgery, unfair management of public property, competition law, competition offenses

Observaciones: la presente contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER 2014-53159-P «Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción».

Rec: 26-04-2016 **Fav:** 18-06-2016.

I. INTRODUCCIÓN

Más de una treintena de años ha transcurrido ya desde que nuestro legislador tipificara por vez primera el delito de fraude de subvenciones como tipo autónomo

en el Código penal. En concreto, si bien distintos proyectos de reforma previos al año 85 lo contemplaron expresamente entre los delitos socioeconómicos¹, el origen del precepto se remonta a la LO 2/1985, de 25 de abril. De su mano se incorporó al Libro II del Có-

digo penal un nuevo Título, el VI, que bajo la rúbrica «Delitos contra la Hacienda Pública» tipificaba, junto a los delitos fiscal y contable, el fraude de subvenciones en el art. 350. Desde entonces, la sombra de las dudas interpretativas e incluso del propio cuestionamiento de la necesidad de su previsión autónoma ha acompañado a su existencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Bien es verdad que en la actualidad la polémica en torno a esta última cuestión, la procedencia de su previsión autónoma, ha perdido buena parte de su intensidad a la vista de las evidentes dificultades para reconducir a otros delitos, y en especial al de estafa, la totalidad de los casos que pueden plantearse en la práctica². Persiste a día de hoy, sin embargo, un buen número de dudas interpretativas que afectan a aspectos nucleares de la comprensión de la norma, en tanto que la solución que se adopte condiciona directamente no sólo las posibilidades de su aplicación, sino también el alcance que se le reserve. Entre ellas se cuenta la consideración de la cuantía mínima del fraude como elemento del tipo o como condición objetiva de la pena; la interpretación de esa misma cantidad como referida al monto de la subvención o por el contrario al importe defraudado; los requisitos para entender perfeccionado el comportamiento típico y, con ello, para aplicar la pena del delito consumado; la exégesis de la excusa absolutoria que desde la reforma operada por la LO 6/1995 de 25 de junio prevé el legislador para los casos en que el sujeto regularice su situación en las condiciones que contempla; o, por cerrar a título de ejemplo el listado, las relaciones concursales del delito de fraude de subvenciones con otros preceptos del Código penal. Tales dudas no sólo han acompañado a la interpretación de la norma a lo largo de las modificaciones que ha experimentado³, sino que algunas de ellas se han intensificado precisamente de su mano. Es, por ejemplo, el caso de la comprensión de la excusa absolutoria tras la

reforma operada por la LO 7/2012 de 27 de diciembre, o de las relaciones entre el fraude de subvenciones y la estafa, sensiblemente complicadas no sólo a partir de la modificación de penas del primero de esos delitos en el año 95 sino, de modo más reciente, por la introducción en el Código penal del art. 307 ter por la LO 7/2012, relativo a los fraudes al sistema de prestaciones de la Seguridad Social.

Entre todas esas cuestiones el objeto de la presente contribución se centra en el estudio de las principales relaciones concursales entre el delito de fraude de subvenciones y otros tipos delictivos próximos con los que pudiera concurrir. El grado de complejidad alcanza en algunos casos cotas tales que pareciera abocar indefectiblemente a un callejón sin salida, con la consiguiente duda en torno a si lo que en apariencia son soluciones incoherentes sólo son explicables por un error o descuido del legislador o si, por el contrario, pueden ser justificadas de algún modo por razones de índole político criminal, tan presentes en general en la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública. En concreto, se trata en esta contribución el régimen concursal del fraude de subvenciones con los delitos de estafa, falsedad documental y administración desleal del patrimonio público a la luz de las modificaciones experimentadas por los respectivos tipos delictivos en las últimas reformas del Código penal así como de algunos recientes fallos del Tribunal Supremo, que parecen arrojar nuevas perspectivas al respecto.

II. ESTAFA Y FRAUDE DE SUBVENCIONES

La relación entre los delitos de estafa y fraude de subvenciones ha sido y es aún en la actualidad singularmente tortuosa. En realidad, a nadie debiera extrañar que así sea si se tiene en cuenta, ya de entrada, la dificultad del trazo de su régimen a la vista del parecido

1 Así lo hacían el Proyecto de 1980 y el Anteproyecto de Código penal de 1983 respectivamente en sus artículos 371 y 299.

2 Sobre el estado de la cuestión así como sobre las dificultades de subsunción del fraude de subvenciones en otros tipos delictivos tuve ocasión de ocuparme en *El fraude de subvenciones*, 2ª ed., Valencia 2005. pp. 105 ss.

3 Recordemos que el precepto ha sido modificado en distintas ocasiones. La primera de ellas, por la LO 6/1995, de 25 de junio, de modificación de determinados preceptos relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Esta ley de reforma amplió el objeto de la acción típica al concepto de ayudas, que conviviría desde entonces con el de subvenciones. Igualmente elevó el importe mínimo para considerar el fraude como delito de los dos millones y medio a los diez millones de pesetas, e introdujo una cláusula de exención de responsabilidad penal para quien regularizase su situación en determinadas condiciones. La segunda modificación del precepto tuvo lugar con motivo de la aprobación del CP del 95 que, entre otras novedades, tipificó de modo autónomo los fraudes relativos a los fondos comunitarios. Una reforma ulterior fue la motivada por la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que, además de ajustar la pena de la entonces falta de fraude a los presupuestos comunitarios, fijó en 80.000 euros la cuantía mínima para considerar típico el fraude. La siguiente reforma del precepto fue fruto de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que introdujo importantes modificaciones en el Título XIV del CP, entre ellas la tipificación del delito de fraude a las prestaciones de la Seguridad Social, con el que el fraude de subvenciones guarda una innegable relación. En lo que atañe al art. 308, esta ley modificó algunos aspectos relativos a la excusa absolutoria en consonancia

morfológico de ambas figuras. De hecho, tal aspecto no sólo plantea la cuestión relativa al régimen concursal entre dichos delitos, sino que fue precisamente su innegable parecido el que inspiró la inicial polémica en torno a la necesidad de la contemplación autónoma de lo que en el fondo no dejaban de ser estafas a la Hacienda Pública. En lo que se refiere a la cuestión atinente a las relaciones concursales entre ambas tipologías delictivas, hay que reconocer que el debate no sólo está presente en la doctrina especializada sino también en la jurisprudencia, en la que es posible apreciar importantes oscilaciones interpretativas, con el consiguiente riesgo de reservar un tratamiento desigual a similares supuestos de hecho. Vaya por delante que, al igual que sucede en general con cualquier relación concursal entre preceptos del Código penal, el condicionante teórico de la solución viene dado por la determinación de cuál sea el interés o intereses protegidos en cada uno de los tipos delictivos en concurso, lo que en el caso que nos ocupa lleva a confrontar el representado por la protección del patrimonio —propio del delito de estafa— con el tutelado por el tipo de fraude de subvenciones. La importancia de tal aspecto contrasta, sin embargo, con la polémica que rodea a la determinación de cuál sea éste, tal como tendremos ocasión de recordar en el apartado correspondiente.

Baste de momento señalar que, si bien con distinto alcance e implicaciones, las dudas interpretativas sobre dicho régimen concursal se extienden tanto a los supuestos en los que la cuantía del fraude alcanza el montante requerido para la aplicación del art. 308 CP como a aquellos otros en que la defraudación no supera tal cifra, en tanto que en ambos se ventila, en última instancia, el trato más o menos severo que se reserve para los fraudes relativos a la función de gasto de la Hacienda Pública. Precisamente desde este punto de vista político criminal o de orientación a las consecuencias anticipábamos ya que la cuestión se complicó considerablemente desde el año 1995 debido al diseño

de penas que desde entonces reservó el legislador para uno y otro delito. La dificultad estaba servida, en tanto que pareciera deducirse de su cotejo que la voluntad legislativa fue la de beneficiar los fraudes a la Hacienda Pública frente a las consecuencias que serían de aplicación recurriendo al tipo clásico de estafa, una conclusión desde luego difícil de entender para las posiciones mayoritarias que parten de que los distintos intereses protegidos por el tipo penal de fraude de subvenciones comprenden y desbordan a los de la estafa. Vayamos por partes y, para ello, resulta imprescindible comenzar precisamente por adoptar una postura en torno a cuáles sean aquéllos.

1. Los intereses protegidos por el delito de fraude de subvenciones

La justificación de la inclusión en el articulado del Código penal del delito de fraude de subvenciones requiere ante todo identificar el interés u objeto de protección que lo respalda. Si ya en general tal comprobación es común a la formulación de un juicio en torno a la necesidad de cualquier tipo delictivo, en el que nos ocupa la cuestión adquiere singular importancia a la vista de la ya referida existencia de un clásico delito patrimonial que guarda con él un innegable paralelismo: el tipo de estafa. No es por ello de extrañar que las cuestiones atinentes al interés protegido en el art. 308 CP y la relativa a necesidad de su protección mediante un tipo especial suelan discurrir parejas, de tal modo que sólo si se logra identificar un específico objeto de protección o, al menos, genuinas formas de ataque a un bien jurídico ya protegido por otros tipos delictivos pero no contempladas en ellos, podría emitirse un juicio favorable a la justificación de la norma.

En concreto, a la hora de delimitar el interés protegido por la estafa de subvenciones las posturas doctrinales oscilan desde las que lo ciñen a la preservación de intereses estrictamente patrimoniales⁴, hasta las que

con lo previsto para el delito fiscal y, también siguiendo su paralelismo, introdujo una cláusula por la que se prevé la posibilidad de rebajar la pena en determinadas condiciones de reintegro. Por último, la LO 1/2015, de 30 de marzo modificó el apartado primero del art. 306, relativo a los fraudes a los presupuestos generales de las UE, disponiendo la aplicación, junto con las penas hasta entonces previstas, de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas así como del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

4 Entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E, "Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección penal de las finanzas públicas y comunitarias", en AAVV *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 124; ARROYO ZAPATERO, L., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Valencia, 2000, p. 119. Ya antes, el mismo en *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, pp. 94 ss. Véase también BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid 2000, pp. 146 s. En el mismo sentido parece situarse RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 2008, pp. 200 s.

consideran que su razón de ser obedece en solitario a la tutela de la función de gasto de la Hacienda Pública⁵ o, de forma más concreta, de las políticas públicas que se pretenden conseguir con las ayudas⁶. Entre ambas posiciones extremas se sitúan las partidarias de apreciar una conjugación entre ambos intereses, con la consecuencia entonces de que el delito de fraude de subvenciones tendría la consideración de pluriofensivo⁷. Conforme a esta comprensión, que ya desarrollé en otro trabajo⁸, se trataría de proteger dos intereses que ciertamente corresponden a un mismo sujeto, la Hacienda Pública, si bien contemplados desde dos perspectivas distintas: por un lado, la función estática de protección de su patrimonio; por otro, la perspectiva dinámica representada por la consecución de los fines e intereses que pretende alcanzar con el empleo de dichos fondos. Resulta así que con el delito de fraude de subvenciones se protegen, en el mismo plano, dos bienes jurídicos, patrimonio y consecución de la finalidad del programa subvencional, en tanto intereses indisociables⁹.

La consecuencia inmediata de tal entendimiento es que la protección del patrimonio se presenta como un aspecto inherente a la preservación de los fines de la subvención, en tanto que la realización de las políticas públicas que la Administración pretende conseguir con la concesión de las ayudas o subvenciones requiere, como presupuesto, la garantía de la preservación del

patrimonio que lo posibilita. Como sostenía en otro lugar, «afirmar que con el delito de estafa de subvenciones se protege el patrimonio público en su vertiente de gasto implicará afirmar la protección de la consecución de los fines que con ellos persigue el Estado; y, a la inversa, la afirmación de que se protegen los fines públicos implicará ya el reconocimiento de que en dicho tipo se protege el patrimonio que instrumentalmente la hace posible»¹⁰. Reveladora me parece en este sentido no sólo la previsión en el art. 308 CP de una pena de multa proporcional (del tanto al séxtuplo del importe). También apunta sin ambages a la implicación del interés patrimonial el régimen especial de exención y atenuación de la pena contemplado en dicho precepto para el autor que proceda al reintegro de las cantidades defraudadas. Recordemos que el apartado 5 del art. 308 CP concede una exención de la pena a quien proceda a la devolución de las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas en los términos que contempla y, por su parte, el apartado 7 del mismo precepto prevé la posibilidad de una atenuación de la pena para el caso de que el responsable proceda a la devolución de dichas cantidades en un plazo de dos meses desde la citación judicial como imputado. Según entiendo, la previsión de los respectivos regímenes privilegiados no puede explicarse al margen de la consideración de que la devolución de los fondos indebidamente salidos del

5 SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código penal español*, Madrid, 1997, p. 214, quien concreta tal aspecto en la "redistribución del dinero público".

6 Por todos, ASÚA BATARRITA, A., "Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional", en *Libro Homenaje a Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 142 ss. Desarrolla sus planteamientos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 4ª ed., Valencia, 2013, pp. 741 ss. Concreta este autor el bien jurídico en el "interés de la Administración en el cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones o ayudas públicas", p. 743. En este sentido véase también ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", en *Derecho penal económico, CGPJ*, Madrid, 2001, pp. 290 ss.: "La función del art. 308 consistiría en tutelar el programa normativo de la subvención, en cuanto expresión de la capacidad de planificación y dirección económica del Estado (o de la UE) a través de la institución de la subvención pública. Y ello con independencia del perjuicio patrimonial cuya existencia no resulta abarcada (desvalorada) por los delitos de fraude de subvenciones (306, 308, 309 y 628)".

7 Es el caso, por ejemplo, de ASÚA BATARRITA, A., "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin", en *ADPCP 1993*, pp. 162 ss. De forma más reciente PEREÑA PINEDO, I., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2008, pp. 523 s.

8 GÓMEZ RIVERO, M.C., *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 134 ss.

9 Esta postura ha sido objeto de críticas por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., en *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, ob. cit., p. 748, al entender que la invocación de la protección del patrimonio resulta "simplemente innecesaria porque la apelación al bien jurídico del patrimonio (público) no viene a proporcionar al tipo del art. 308... criterio interpretativo adicional alguno que no vaya incorporado ya al bien jurídico del adecuado cumplimiento del plan de la subvención". Frente a tales críticas cumple insistir en que no se trata de que la tutela del patrimonio aporte o no criterio interpretativo adicional a la frustración del fin de la ayuda, sino que, simplemente, ambos intereses resultan inseparables, de modo que la protección de uno de ellos comporta la del otro. No de otra forma se explica que precisamente la teoría de la frustración del fin se ensayara en este ámbito para justificar la existencia de un daño patrimonial en los actos de liberalidad. Recordemos que, conforme a ella, la existencia del perjuicio patrimonial dependerá del cumplimiento o frustración de los fines a los que se condiciona la entrega. Cuando estos no se ven cumplidos puede hablarse de una disminución patrimonial penalmente relevante, indisociable a aquella frustración.

10 *El fraude de subvenciones*, op. cit., p. 145.

Erario Público repara la lesión a uno de los intereses protegidos por la norma penal, cifrado en la merma de los recursos públicos y, en definitiva, en la lesión al patrimonio de la Hacienda Pública.

A nadie escapa, sin embargo, que tal diseño teórico de los intereses afectados por los fraudes a la política de gasto público puede cuestionarse seriamente en un plano de *lege lata* atendiendo a las penas previstas por el legislador, respectivamente, para el delito de estafa y el de fraude de subvenciones. Así resulta a la vista de que desde el año 95 nuestro Código penal optó por reservar una pena inferior al fraude de subvenciones que al delito de estafa. En concreto, para los fraudes superiores a 120.000 euros el art. 308 CP prevé una pena de prisión de uno a cinco años, además de una multa del tanto al séxtuplo de su importe. Por su parte, el art. 250 CP castiga con la pena de prisión de uno a seis años junto con la de multa de seis a doce meses aquellas estafas en las que el valor de lo defraudado supere los 50.000 euros. De hecho, tal comparación de penas se ha erigido en el principal argumento manejado por algunos autores para sostener que los intereses patrimoniales no tienen cabida en el delito de fraude de subvenciones¹¹. Esta cuestión nos introduce precisamente en el núcleo central de la polémica, a saber las relaciones entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones, de la que nos ocupamos en el apartado que sigue.

2. Las relaciones concursales entre la estafa y el fraude de subvenciones

A partir de la adopción de una postura en torno a cuál sea el interés protegido en el art. 308 CP estamos en condiciones de abordar la cuestión relativa a las relaciones concursales entre el delito de fraude de subvenciones y el de estafa. Como anticipábamos, las dificultades interpretativas se plantean tanto en los casos en que concurren en el caso en cuestión la totalidad de los elementos típicos del art. 308 CP, incluida la cuantía de lo defraudado, como en aquellos otros en los que están ausentes algunos de ellos y, en lo que a la cuantía se re-

fiere, el fraude se queda bajo el umbral de los 120.000 euros. Analizamos por separado cada uno de los grupos de casos.

2.1. Supuestos en que el fraude cumple todos los requisitos para ser subsumido en el art. 308 CP y, entre ellos, alcanza la cifra de los 120.000 euros

Se trata en este apartado la cuestión relativa a la calificación que deban recibir los casos en que el fraude cumple todos los requisitos para poder ser subsumido en el art. 308 CP, incluida la cuantía requerida en este precepto, concurriendo además los elementos típicos del delito de estafa —de forma destacada, la apreciación de un engaño previo que determine el acto de disposición patrimonial—. Existe práctica unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de considerar que en tal supuesto procede apreciar un concurso de leyes, no de delitos, entre ambas calificaciones. A esta conclusión se llega sin fisuras si se parte, como se hace en estas líneas, del solapamiento parcial de los intereses protegidos en uno y otro tipo delictivo, en concreto, la protección del patrimonio, resultando entonces que la pretensión de apreciar un concurso de delitos supondría una clara vulneración del principio del *ne bis in idem*¹². En realidad las dudas interpretativas se concentran tanto a la hora de determinar cómo haya de solucionarse tal relación concursal como el concreto principio de los consagrados en el art. 8 CP conforme al cual se determine la prevalencia de la aplicación de uno u otro precepto.

Aun reconociendo que la cuestión dista de ser pacífica, ha sido frecuente en la doctrina sostener la aplicación preferente del delito de fraude de subvenciones a partir de su especificidad así como de la prevalencia de los intereses político criminales a él subyacentes. A esta solución tuve ocasión de adherirme en otro lugar¹³, considerando que su resolución habría de discurrir conforme a la regla tercera del art. 8, que contempla el principio de *consunción*, en tanto que el art. 308 CP sería más amplio o complejo que el delito de estafa,

11 De modo contundente véase por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 749, para quien el cotejo de ambas sanciones “echa por tierra de *lege lata* la tesis pluriofensiva” y “atestigua bien a las claras que el art. 308 no exige ni explícita ni implícitamente un daño patrimonial de las características que se exigen para el delito de estafa”.

12 A esta conclusión llegan incluso los autores que niegan la autonomía de la lesión patrimonial en el delito de fraude de subvenciones. Es el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., a partir de la contemplación del bien jurídico protegido en el art. 308 CP como expresión del adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico patrimonio público, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 780 ss.

13 *El fraude de subvenciones*, op. cit., p. 295, donde puede encontrarse una exposición de la situación hasta el año 2005. Con posterioridad, véase por ejemplo en el sentido de considerar de aplicación preferente del fraude de subvenciones en virtud del principio de especialidad, PEREÑA PINEDO, I., *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, op. cit., pp. 553 s.

absorbiendo la lesión que experimenta el Erario Público¹⁴.

Tal criterio, sin embargo, no solo ha encontrado cuatificados detractores en la doctrina, sino que ha sido puesto en tela de juicio por algún reciente fallo jurisprudencial que propone dar prioridad a la aplicación del delito de estafa. En lo que a la doctrina se refiere, en este sentido se pronunció MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ¹⁵ y de forma posterior, entre otros¹⁶, NIETO MARTÍN¹⁷. Conforme a tal entendimiento, el ámbito específico de aplicación del art. 308 CP comprendería los casos en que no viniera en consideración el tipo común de estafa por no concurrir alguno de sus requisitos típicos; de forma destacada, porque el engaño fuera posterior a la concesión de la ayuda¹⁸, o bien porque aun cuando el beneficiario hubiera falseado y ocultado las condiciones requeridas para ello, emplease posteriormente los fondos obtenidos en la actividad subvencionada. En sentido contrario, resultaría de preferente aplicación el delito de estafa allí donde se dieran sus

elementos típicos, de modo paradigmático en todos los casos en que se acreditara que el beneficiario recurrió a la institución de la subvención con el único objetivo de lucrarse de unos fondos que nunca pensó destinar a la actividad subvencionada¹⁹. En ellos, y aun cuando concurrieran también los elementos requeridos por el art. 308 CP, este precepto habría de ceder a favor de aquel otro. A tal entendimiento llega el citado autor atendiendo a las penas previstas para uno y otro delito, así como desde el reconocimiento de que la conducta contemplada en el art. 248 CP supone una efectiva lesión al patrimonio —público en este caso— mientras que el fraude de subvenciones se orientaría a proteger el patrimonio frente a agresiones previas a la lesión. En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, tales premisas arrojan una clara relación entre ambos preceptos, de modo que «el fraude de subvenciones representa, pues, en realidad, un mero adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico del patrimonio público tutelado en el delito de estafa»²⁰.

14 Descarto la resolución del conflicto conforme al principio de especialidad (apartado primero del art. 8 CP), en tanto que su apreciación requeriría que el tipo de fraude de subvenciones contemplase todos los requisitos de la estafa común a los que se sumaran otros específicos. No es éste, sin embargo, el caso del fraude de subvenciones respecto a la estafa, debido a la dificultad para apreciar en todos los supuestos en que aquél resulta aplicable los elementos típicos de ese otro delito. Sobre este aspecto tuve ocasión de ocuparme en *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 107 ss.

15 En este sentido, ya en “Delitos contra la Hacienda Pública”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. VII, Madrid, 1986, p. 352, desarrollando posteriormente su postura en la *Parte Especial* de su obra *Derecho Penal económico*, op. cit., pp. 780 ss.

16 DELGADO GIL, A., en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./DELGADO GIL, A., Los ‘delitos contra la Hacienda Pública’ relativos al gasto: los ‘fraudes de subvenciones’ del art. 308 del Código penal”, en *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública* (Octavio de Toledo, Dir.), Valencia, 2010, p. 242, al entender, a partir de la contemplación de las penas previstas para uno y otro delito, que existe una relación de subsidiariedad tácita, de tal modo que “el delito de estafa será la ley principal y el fraude de subvenciones la subsidiaria”.

17 *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, pp. 332 s. Ya antes desarrolla de forma amplia la idea en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A., “El fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, op. cit., pp. 288 ss. Aun reconociendo que la solución teóricamente acertada sería configurar el tipo de fraude de subvenciones como de aplicación preferente a la estafa, considera que tal relación no puede mantenerse en nuestro Derecho a la vista de las penas reservadas para uno y otro delito, lo que le lleva a sostener la aplicación preferente del delito de estafa con independencia de la cuantía de la subvención, siempre, lógicamente, que concurren sus requisitos. En concreto, partiendo de que el bien jurídico protegido en el art. 308 CP es el cumplimiento de las condiciones del programa de la subvención, entiende que será de aplicación en distintos supuestos. El primero, en relación con la modalidad de su apartado 1, cuando tenga lugar un incumplimiento de los requisitos o condiciones que regulan la concesión de la subvención, pese a que se cumplan sus fines. El segundo, también en relación con la misma modalidad del art. 308, cuando pese a frustrarse el fin de la subvención no concurren los elementos del delito de estafa. El tercero tendría lugar en el marco de la modalidad del art. 308.2, comprendiendo los casos en que, si bien se cumple el fin de la subvención, tiene lugar de forma diversa a lo previsto en el programa normativo. En el resto de los casos sería de aplicación el delito de estafa o incluso el de apropiación indebida. Es más, este autor considera que sería posible aplicar el delito de estafa a la modalidad de malversación de fondos del art. 308.2 CP, pese a ser el engaño posterior a la concesión de la ayuda. Llega a tal conclusión a partir del entendimiento de que el beneficiario de la subvención asume la obligación de poner en conocimiento de la Administración los hechos nuevos que le obligarían a devolver la ayuda una vez obtenida. Asumiría así una posición de garantía que permite apreciar una estafa en comisión por omisión.

18 Siempre que se entendiera que en tales casos no resulta de aplicación el tipo de estafa, una premisa no unánimemente admitida. Véase en la nota anterior el razonamiento de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.

19 En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “se apreciaría la estafa cuando el beneficiario cumple todos los requisitos establecidos ex ante para acceder a la subvención, pero ésta se obtiene con el objetivo de eludir totalmente la consecución del fin primario perseguido por el programa de la ayuda pública y concretado en la actividad que el beneficiario se compromete a llevar a cabo; por el contrario, entraría en juego el tipo de fraude de subvenciones cuando, pese a emplear los fondos obtenidos en la actividad subvencionada en orden a la consecución del fin previsto... el beneficiario ha engañado, empero, al ente público acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para tener derecho a la ayuda”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 784.

20 *Ibidem*, p. 788.

Como en parte anticipábamos, tal interpretación no sólo ha encontrado eco en la doctrina, sino también en la jurisprudencia. Resulta obligada al respecto la cita de la STS de 28 de noviembre de 2013 (RJ 2013/8397), dictada en relación con un supuesto en que los administradores de una entidad colaboradora manipularon la documentación relativa a la solicitud de una subvención por parte de la que sería la empresa beneficiaria, siendo la finalidad de aquélla la impartición de unos cursos formativos a los trabajadores. La ayuda concedida, por importe de 132.318,20 euros, fue apropiada por dichos administradores, con el resultado de que no llegó a ser aplicada a la actividad subvencionada. Según consta en los hechos probados, los beneficiarios de la subvención no llegaron a tener conocimiento de la trama fraudulenta.

La SAP de Valladolid de 30 de noviembre de 2011, que conoció de los hechos en primera instancia, condenó a los acusados por un delito de estafa agravada del art. 250 CP por razón de la cuantía del fraude. Llegó a tal conclusión a partir de la consideración de que el delito de fraude de subvenciones es especial, con la consecuencia entonces de que en el supuesto enjuiciado no podría apreciarse un elemento típico del art. 308, cual es la condición de beneficiario de quien realiza la maniobra fraudulenta. Si bien criticando la inaplicabilidad del delito de fraude de subvenciones en el caso concreto por razón de los sujetos activos, el fallo del Tribunal Supremo confirmó la calificación de los hechos conforme al delito de estafa. Para el Alto Tribunal, aun cuando en el caso en cuestión estén presentes todos los elementos típicos del delito específico contra la Hacienda Pública, resultaría de preferente aplicación el delito de estafa, lógicamente también en tanto que concurren sus presupuestos. Resultaría así que el art. 308 CP tan sólo sería aplicable allí donde no pudiera apreciarse aquella otra tipicidad, lo que será el caso en que «pese a invertir los fondos en la actividad subvencionada...se ha engañado al ente público concedente de los requisitos establecidos o cuando el propósito de desviar el importe de la subvención emerge con posterioridad». Según el TS varios argumentos avalarían tal conclusión. En primer lugar, la mayor pena que en la actualidad tiene el delito de estafa (en su tipo cualificado) frente al fraude de subvenciones. Resultaría incomprensible, según la Sentencia, que el patrimonio de la Administración resultara infratutelado por medio del expediente de considerar de aplicación preferente un tipo delictivo con penalidad inferior a la estafa cuando se dan todos los requisitos de ésta. Tal razonamiento se corresponde con el punto de partida que adopta la Sen-

tencia en relación con el interés protegido por el fraude de subvenciones, considerando, en concreto, que «está pensando primariamente en algo diferente al patrimonio público que ya está debidamente protegido en otras normas». De forma más específica afirma el fallo que la razón de ser del art. 308 CP «se encuentra más en la perturbación del plan de la subvención de acuerdo con las condiciones prefijadas en el programa, que en el menoscabo del erario público». Esta argumentación lleva al Tribunal a estimar improcedente recurrir al art. 308 para sancionar los casos en que efectivamente se produce un daño patrimonial, sanción que, por ello, en el Código Penal no alcanza la gravedad de la prevista para el tipo de estafa. De nuevo, en palabras de la Sentencia, «sólo así adquiere plena coherencia la decisión del legislador de sancionar en todo caso con mayor pena la estafa que el fraude de subvenciones, así como la de seguir manteniendo un límite cuantitativo tan elevado para caracterizar el objeto material de este delito (art. 308)». En segundo lugar y como argumento adicional, alude el Alto Tribunal a la incorporación al Código Penal del art. 307 ter por la reforma operada por la LO 7/2012, que castiga el disfrute fraudulento de determinadas prestaciones de la Seguridad Social, sin exigir cuantía mínima para considerar delictivo el fraude. No tendría sentido, según el fallo, «que no se exigiese cuantía mínima para alcanzar rango delictivo a lo que puede ser menos grave (prestaciones) y sí se exigiese para las subvenciones». En tercer lugar refiere la ubicación sistemática del fraude de subvenciones que, según la Sentencia, resalta el papel preponderante que ocupa el interés de la Administración en el cumplimiento del plan para el que se establece el régimen de subvenciones, siendo así que la tutela del patrimonio de la Administración se canaliza por los tipos ordinarios. Sería posible de este modo admitir la aplicación del delito de fraude de subvenciones a los casos en que no se produce una lesión patrimonial, al concentrarse el sentido de la tipificación de este delito más en la perturbación del plan de la subvención de acuerdo con las condiciones prefijadas en el programa que en el menoscabo del erario público.

Deduce de lo anterior el Tribunal Supremo que cuando concurren todos los requisitos típicos de la estafa será esta figura de apreciación preferente, de modo que el ámbito de aplicación del fraude de subvenciones se ceñiría a los casos en que no se dieran los presupuestos de aquélla «bien por no poderse hablar en rigor de perjuicio al no existir frustración de ningún fin por haberse empleado lo recibido en la actividad subvencionada; bien por no existir dolo antecedente en rela-

ción a esa frustración del fin para el que se otorgaba la subvención; bien por carecer de entidad los requisitos ocultos o falseados para afirmar la imputación objetiva, etc.» En concreto, en relación con la modalidad de obtención, quedarían comprendidos en el fraude de subvenciones casos como el de quien obtiene la subvención ocultando o simulando un requisito esencial para ello, si bien invierte efectivamente el importe en los fines previstos. Frente a estos casos, merecería una pena mayor, que asegure el delito de estafa, aquellos otros en que el beneficiario, aun cumpliendo todos los requisitos exigidos para obtener la subvención, omite la actividad que se comprometió a llevar a cabo. Por su parte, en relación con la modalidad de malversación de los fondos, según la misma Sentencia, sólo serían reconducibles a la estafa los casos en que quede acreditada la existencia de un plan premeditado para desviar el importe de la subvención una vez concedida.

Aun sin desconocer cuanto de razón asiste a los argumentos esgrimidos por la Sentencia así como en general por la doctrina que defiende tal línea interpretativa, hay que admitir que tampoco la postura propuesta resulta totalmente satisfactoria, ni a la vista de la configuración positiva del fraude de subvenciones ni desde un punto de vista político criminal o de orientación a las consecuencias. Distintos argumentos pueden esgrimirse en este sentido crítico.

El primero de ellos se refiere al ámbito de aplicación que tal propuesta reserva para el art. 308 CP. Conforme acabamos de exponer, uno de los criterios que según aquel punto de vista condiciona la procedencia de la apreciación o no del art. 308 CP es la atención al momento en que se produzca el engaño —posterior o previo a la concesión de los fondos—²¹. Bien pues, teniendo en cuenta tanto la letra de la ley como la razón de ser de la existencia de un precepto específico orientado

a castigar en general los fraudes al Erario Público en la función de gasto, existen serias dificultades para conceder que el legislador haya querido discriminar dentro de la tipicidad de tal precepto el régimen del castigo de los fraudes de subvenciones dependiendo del momento en que tenga lugar la maniobra engañosa, con la consecuencia de que el art. 308 CP nunca sería aplicable allí donde concurriera desde el momento de presentación de la solicitud. Resulta, en efecto, difícil de entender tal sesgo en el alcance de la norma cuando lo cierto es que tanto en el caso de los fraudes previos como posteriores a la concesión de la ayuda la entidad del injusto es idéntica desde el punto de vista de la frustración de los fines así como desde la perspectiva de la lesión patrimonial sufrida por el Erario Público²². Y todo ello, insistimos, sobre la base de una vía interpretativa que no encuentra sustento ni en la letra de la ley ni en razones relacionadas con la entidad de la lesión.

Lo injustificado de tal restricción se proyecta a las consecuencias entonces resultantes. En primer lugar, porque no puede calificarse más que como contradictorio que el caso en que el engaño sea posterior a la concesión y la cantidad defraudada supere los 120.000 euros reciba una pena de prisión inferior —la del art. 308 CP— que aquel otro en que el fraude sea previo y la cuantía de lo defraudado oscile entre los 50.000 y 120.000 euros —en cuyo caso sería de aplicación el art. 250. 5 CP—. Pero en segundo lugar, porque no se entendería muy bien que la excusa absolutoria prevista en el art. 308 CP tan sólo fuese aplicable a los engaños posteriores a la concesión y, sin embargo, por la vía de la aplicación preferente de la estafa, no procediera el recurso a tal cláusula en los fraudes previos a aquel momento. Sobre lo improcedente de excluir la aplicación de una cláusula favorable al reo sin base en la letra de la ley tendremos ocasión de volver más adelante.

21 Esta crítica no afectaría obviamente a la construcción de quienes sostienen que también en la modalidad de malversación de fondos sería de aplicación el delito de estafa. Es el caso de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, quienes consideran que la posición de garantía en que se encuentra el beneficiario de la subvención le obligaría a comunicar las circunstancias que afectan al disfrute, "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", *op. cit.*, pp. 261 ss.

22 Precisamente desde la conciencia de la injustificada disparidad de resultados a que conduce la propuesta se explica que algunos de sus defensores se hayan esforzado por intentar argumentar que en los casos de malversación de la subvención sería aplicable el delito de apropiación indebida. Es el caso de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, *Ibidem*. Reconocen estos autores que ciertamente "la aplicación del delito de apropiación indebida requeriría que la relación entre el tomador de la ayuda y la entidad otorgante pudiese ser incluida dentro los títulos característicos del este delito". No obstante intentan sortear la dificultad a partir de diversos argumentos; entre ellos, que en muchos supuestos de gestión desleal del patrimonio se transmite la propiedad o que "la subvención, en cuanto que donación modal, implica también la obligación de entregar o devolver si se incumple la carga, requisito éste que es el único que textualmente se exige en el delito de apropiación indebida a 'los otros' títulos no nominados expresamente". Reconocen no obstante que "esta interpretación puede parecer algo forzada y resulta sencilla de rebatir desde las construcciones "puristas" del delito de apropiación indebida", si bien, añaden, "también convendría recordar que en la delincuencia patrimonial clásica disfrutamos con frecuencia de acrobacias interpretativas mucho más sorprendentes".

Continuando con la valoración que merece el ámbito de aplicación que, conforme a aquella doctrina, se pretende reservar para el art. 308 CP hay que reconocer que no son menores, por otra parte, las objeciones que pueden esgrimirse en contra de la pretensión de reconducir a su ámbito de aplicación los casos en que, si bien el autor comete irregularidades relativas a los requisitos exigidos para la concesión la ayuda, los fondos son finalmente aplicados al fin que la motivó. Serían los casos, en palabras de la STS de 28 de noviembre de 2013, en que «la finalidad del agente tiene consonancia con la legalidad: se constata un propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución».

Las críticas que despierta la propuesta de reservar el art. 308 CP para tal grupo de casos no se hacen esperar desde el punto de vista de la justificación de la intervención penal. Sería, en efecto, cuanto menos discutible la legitimidad del recurso a este orden en dichos supuestos en tanto que a la postre se ordenaría a la sanción de un injusto formal, cuya represión es más propia del Derecho Administrativo que del penal²³. Y es que si finalmente los fondos recibidos se aplican a la finalidad para la que fueron concedidos imposible será apreciar desde un punto de vista material una desviación de fines más allá del incumplimiento de los requisitos exigidos por la respectiva convocatoria, casos a cuya sanción debe ordenarse, en exclusiva, el orden administrativo²⁴.

A lo anterior habría que añadir todavía las objeciones de las que desde el punto de vista de las penas aplicables se hace acreedora la inclusión en el art. 308 CP de conductas que no suponen una lesión patrimonial. De una parte, porque recordemos que tal precepto dispone la aplicación de la pena de prisión de uno a cinco años (además de la pena de multa), sanción que

podiera resultar contraria a los *principios de proporcionalidad y mínima intervención penal* si se aplicara a estos supuestos de mero incumplimiento formal de las condiciones establecidas por la correspondiente convocatoria. Las críticas se extienden, de otra parte, a la comparación de las penas resultantes a la vista del sesgo que tal propuesta comporta dentro de la distinta fenomenología de fraudes a la función pública de gasto. No tendría sentido, en efecto, que de admitirse la doctrina que se critica, en el caso de las irregularidades meramente formales la pena aplicable (la del art. 308 CP) fuese superior que la correspondiente a aquellos otros supuestos en los que se produce un perjuicio al patrimonio público, si bien inferior a 50.000 euros (en cuyo caso procedería aplicar la pena prevista por el art. 249 CP). Todavía, por último, serían criticables las consecuencias que arrojaría tal construcción desde el punto de vista de una comparación relativa de los supuestos que los defensores de esta doctrina reservan para el art. 308 CP. Entre ellos están llamados a convivir aquellos en los que no se frustra el fin principal de la subvención, sino sólo las condiciones exigidas en el programa, con los casos en que tiene lugar tal frustración, si bien no pueden reconducirse al tipo de estafa por faltar alguno de sus requisitos. El resultado es una equiparación de penas para supuestos que a todas luces comportan un contenido de injusto muy desigual, una incoherencia que, de hecho, no ha pasado por alto a los defensores de tal propuesta, quienes sólo pueden proponer mitigarla de una forma muy limitada en el momento de determinación de la pena²⁵.

Las objeciones no se agotan en los aspectos anteriores, consecuencia del ámbito de aplicación resultante, respectivamente, para la estafa y el art. 308 CP. Se extienden igualmente al núcleo esencial de la propuesta objeto de comentario, cifrado en el régimen de relaciones concursales entre ambos tipos delictivos. Y es que,

23 De la necesidad de proceder a una interpretación del precepto conforme a un criterio material me ocupé en *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 241 ss.

24 Una objeción que, según considero, no desaparece por mucho que tales condiciones de la convocatoria se vinculen a la consecución del programa. Debe citarse en este punto a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal y económico de la empresa*, op. cit. Partiendo de que el bien jurídico protegido en el art. 308 CP es la realización del plan de la subvención de acuerdo con las condiciones establecidas por el programa (p. 748), considera que “el respeto a las condiciones exigidas en el procedimiento de otorgamiento de la ayuda se erige en presupuesto inexcusable de la correcta realización del programa que inspiró el establecimiento de la ayuda pública”, p. 784. Frente a este razonamiento entiendo que también la realización del fin de la subvención puede tener lugar pese al incumplimiento —formal— de aquellas condiciones y que, en todo caso, no parece merecedora de protección penal la comprensión de este tipo “como un mero delito contra la libertad de disposición patrimonial del organismo público concedente”, p. 788.

25 ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A: “Ciertamente, estos supuestos habrían de sancionarse con una penalidad mayor a los anteriores, pero en el marco de la regulación actual, el mayor merecimiento de pena sólo puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación de la pena”, “El fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, op. cit. pp. 288 ss.

aun cuando se admitiera que el interés patrimonial no está presente —o al menos no en los mismos términos que en la estafa— en los casos en que se frustra el fin de la subvención y se concediera adicionalmente que el bien jurídico protegido por el art. 308 CP se cifra en exclusiva en la realización del plan que la respalda, tampoco se entendería que la relación entre el delito de estafa y el fraude de subvenciones se saldara con la exclusiva aplicación del primero allí donde pueda apreciarse la existencia de un daño al patrimonio. Por el contrario, de ser coherentes, en estos casos en que se produce un perjuicio patrimonial habría de apreciarse, junto con la estafa, el delito de fraude de subvenciones, en tanto que no se alcanza a entender que cuando la finalidad del sujeto activo sea la de obtener fraudulentamente una subvención no se frustre la consecución de los fines que le son inherentes, lo que demandaría entonces la aplicación conjunta de ambos preceptos cuyo ámbito de aplicación, según aquella doctrina, en modo alguno se solapa. Según hemos visto, sin embargo, no es esta una conclusión que aquella doctrina esté dispuesta a reconocer, al menos no con carácter general, a la vista de la —insostenible— exasperación de las penas entonces resultantes²⁶.

Sin abandonar los casos en que se produce un perjuicio patrimonial y para los que la propuesta que se critica propugna la exclusiva aplicación del delito de estafa, podrían esgrimirse otros argumentos críticos, relativos ahora a la comparación de penas entre la de este delito y la que resultaría aplicable de considerarse de preferente aplicación el fraude de subvenciones. Ciertamente es que al dar prevalencia al tipo de estafa se sortearía la incongruencia de castigar con una pena inferior los fraudes a la Hacienda Pública que los que recaen sobre un patrimonio particular. No por ello, sin embargo, las críticas desaparecen. Porque tan objetable sería que las estafas a la Hacienda Pública tengan menor pena que las realizadas a un particular, como que se castiguen de igual forma ambas modalidades de fraude. También de este modo se desconocería la lesión del interés adicional representado por la frustración del fin, ajeno a los clásicos delitos contra el patrimonio. Como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, la eliminación de esta incoherencia requeriría que, junto con la aplicación del tipo de estafa, viniera en consideración

el fraude de subvenciones, una consecuencia que, por las razones apuntadas relativas al excesivo rigor de las penas resultantes, sólo contados defensores de aquella propuesta están dispuestos a admitir.

No se agotan en los anteriores los argumentos con los que poner en tela de juicio la aplicación preferente de la estafa frente al fraude de subvenciones allí donde se produce un perjuicio patrimonial a la Hacienda. Singular peso adquiere todavía la objeción relativa al desconocimiento del régimen especial que el legislador penal ha reservado para este tipo de fraudes desde un punto de vista político criminal. Recordemos que para este delito, al igual que para el resto de los delitos contra la Hacienda Pública interna, el Código penal prevé una excusa absolutoria en el apartado 5 del art. 308 que permite eximir de pena a quien regularice su situación en las condiciones que contempla el precepto. Resultaría entonces que la pretensión de considerar en todo caso preferente la aplicación del delito de estafa comportaría prescindir de tal régimen especial de regularización, una solución que de nuevo resulta difícil de explicar teniendo en cuenta la estrategia de política criminal que subyace a su previsión. A ello habría que sumar aún la imposibilidad de aplicar la regla incorporada desde el año 2012 al apartado 7 del mismo precepto que, inspirada igualmente por razones de oportunidad, contempla la posibilidad de que los jueces y tribunales impongan al responsable del delito la pena inferior en uno o dos grados siempre que lleve a cabo el reintegro antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado. En virtud de esta norma, tal atenuación de la pena resulta también aplicable a otros partícipes del delito cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas en los términos que contempla.

Poco convincentes resultan, a mi modo de ver, los argumentos esgrimidos por alguna doctrina defensora de la postura que se critica para justificar la inaplicación de tales previsiones a los casos en comentario. Dignos de citar son los expuestos por ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, para quienes resultaría coherente «que la excusa absolutoria se reserve exclusivamente para los casos de menor gravedad previstos en el art. 308, pero no para aquellos que ocasionan un perjuicio patrimonial efectivo. Político criminalmente no resulta admisible tratar mejor al autor de un voluminoso fraude

26 Sólo aisladamente se reconoce dicho concurso. Es el caso de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, "El fraude de subvenciones en la UE y en el CP", *op. cit.*, pp. 288 ss.: "En aquellos casos en que se produzca el perjuicio patrimonial (frustración del fin) y además se lesionen, en subvenciones mayores a 10.000.000, otros aspectos del programa normativo de la subvención será de aplicación un concurso ideal de delitos".

de subvenciones constitutivo de estafa que al autor del “timo de la estampita”»²⁷. Según entiendo, tal razonamiento no resulta satisfactorio por varias razones. La primera, porque la aplicación de tal régimen se contempla en el Código penal para todos los fraudes contra la Hacienda Pública —interna—, sin que proceda introducir una restricción en lo que es una cláusula claramente favorable al reo por una vía interpretativa que no encuentra respaldo en la letra del art. 308 CP. En segundo lugar, porque vedar su aplicación en los casos en que se produce un perjuicio patrimonial contradiría la razón de ser de su previsión, inspirada por evidentes razones político criminales que aconsejan premiar la devolución y consiguiente recuperación de los fondos desviados mediante la concesión de un régimen más beneficioso para el reo. Es, en efecto, precisamente en los casos en que se produce un perjuicio patrimonial donde adquiere una importancia de primer orden premiar el reintegro de los fondos, saldando así aquella lesión.

Llegados a este punto y a la vista de los argumentos anteriores entiendo que la tipicidad del fraude de subvenciones está llamada a aplicarse con carácter general a los fraudes a la función de gasto de la Hacienda Pública que superen la cifra de 120.000 euros, sin que proceda introducir la restricción pretendida por aquella doctrina que venimos criticando. Es de aplaudir en este sentido la jurisprudencia que, también con carácter posterior a la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo del año 2013, ha considerado de preferente aplicación el delito de fraude de subvenciones frente al de estafa²⁸, adhiriéndose en definitiva al que fue el criterio tradicionalmente mayoritario. Desde luego que, como ya hemos tenido ocasión de observar, a nadie escapa lo criticable que resulta en la actualidad el resultado que arroja la comparación de las penas del art. 308 CP con las previstas en el art. 250.5 CP para la estafa. Pero cierto es también que tal incoherencia tiene su origen en la modificación de penas experimentada por el delito de fraude de subvenciones en el año 1995 y que antes de esa fecha, desde que se introdujo en el año 85, este precepto y la estafa convivieron con penas armónicas desde el punto de vista de la envergadura de los intereses protegidos por los fraudes a la Hacienda Pública. Si cuando se introdu-

ce el tipo de fraude a la función de gasto del Erario Público la inequívoca voluntad del legislador fue castigarlo siempre conforme a un tipo específico, parece sensato entender que el posterior «desajuste» de penas entre la de éste y la de la estafa, debiera explicarse antes como el fruto de la evolución aislada de cada uno de ellos que como un cambio de la inicial voluntad legislativa. Resulta así que el trazo actual de la pena del delito de fraude de subvenciones, criticable o no, ha de considerarse como expresión de la voluntad del legislador de castigar de un modo unitario —idéntico por lo demás a la respuesta que reciben los fraudes a la función de ingreso— y con un régimen común de consecuencias los fraudes a las ayudas públicas, sin que proceda introducir sesgos en él, que muy dudosamente resultan compatibles con su sentido y razón de ser. De hecho, como hemos tenido ocasión de insistir en estas líneas, lo cuestionable de la pretensión distinta no se agota en atomizar el régimen de penas a aplicar a lo que no dejan de ser fraudes al Erario con idéntico contenido de desvalor. Se proyecta también y de modo visiblemente injustificado a la imposibilidad de aplicar en determinados casos los beneficios contemplados en el art. 308 CP, relativos tanto a la renuncia de la pena por la regularización prevista en el apartado 5 como a la atenuación de aquella en las condiciones contempladas en el apartado 7. A la vista de lo anterior y partiendo, pues, de que atendiendo a razones de política criminal el legislador no ha querido castigar dichos fraudes conforme a una suma aritmética de la penas del tradicional delito de estafa y la que correspondiera a la frustración del fin para el que se concede la ayuda, si el concreto diseño de penas resultara criticable lo que procederá será postular, de *lege ferenda*, una revisión de las consecuencias jurídicas del art. 308 CP.

Hasta aquí las razones por la que procede la aplicación preferente del delito de fraude de subvenciones frente al tipo común de estafa cuando concurren los presupuestos para la aplicación de uno y otro. La pregunta que surge a continuación es la relativa al modo en que haya de solucionarse el concurso cuando el fraude de subvenciones no alcanza la cuantía requerida por el tipo. De ello se ocupa el apartado que sigue.

27 ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A, *Ibidem*, pp. 288 ss.

28 Véase en este sentido la STS de 11 de marzo de 2015 (RJ 2015/2588). Aun sin argumentar explícitamente sobre la concurrencia del art. 308 CP con la estafa, aplicó aquél delito a un caso de obtención de subvenciones por valor superior a cuatro millones ochocientos mil euros, falseando y ocultando el autor las condiciones requeridas para la concesión.

2.2. Casos en que el fraude no supera los 120.000 euros

La difícil relación concursal entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones se complica aún más si cabe en los casos en que la cuantía de lo defraudado no alcanza el montante requerido en el art. 308 CP. No es de extrañar que así sea en tanto que las consecuencias de la postura que se adopte se presentan mucho más drásticas que en el supuesto anterior, al plantear una disyuntiva, no ya entre la mayor o menor severidad del castigo, sino entre la posibilidad de fundamentarlo — conforme al delito de estafa — y la opción de considerar el comportamiento impune.

Vaya por delante que la dificultad no se plantearía si se admitiera la doctrina criticada en el apartado anterior que, según vimos, da prioridad en todo caso al delito de estafa. De ser así, si el engaño fuese previo a la producción del perjuicio patrimonial, ya supere o no el fraude la cantidad de 120.000 euros, sería de aplicación en todo caso el delito de estafa. Distintas se presentan las cosas cuando se parte, como hacemos en estas líneas, de la prevalencia en general del fraude de subvenciones respecto a la estafa allí donde se dan los elementos de ambos tipos delictivos, planteándose entonces la cuestión en torno a si recupera su autonomía el tipo de estafa.

No se afirma nada nuevo al recordar la notoria falta de uniformidad que tradicionalmente ha reinado al respecto, no sólo en la doctrina especializada sino también en la jurisprudencia. En lo que a esta última se refiere, baste recordar que mientras algunos fallos consideraron que en los casos en que no concurrían los requisitos para la aplicación del art. 308 CP recobraba su autonomía el tipo común de estafa (por ejemplo, las SSTS 13 de abril de 1999 [RJ 1999/4846] y 19 de marzo de 2001 [RJ 2001/3560]²⁹), otros cerraron el paso a tal posibilidad (por ejemplo, STS 4 de julio de 1997 [RJ 1997/6236], STS 29 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6700]³⁰, o 11 de diciembre de 2000 [RJ 2003/475]³¹, STS de 29 de enero de 2002 [RJ 2003/2019]³²; la STS de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002/3587)³³, la STS de 29 de mayo de 2002 (RJ 2002/5580)³⁴, o la STS de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003/475)³⁵. Esta última interpretación fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 13/2003, de 28 de enero. El fallo concedió al recurrente amparo, por considerar vulnerado el principio de legalidad, frente a las respectivas sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial de Valencia que le condenaron por un delito de estafa al no alcanzar el montante del fraude la cuantía necesaria para apreciar el delito de fraude de

29 El fallo no aplicó el delito de fraude de subvenciones al considerar que se trataba de un delito especial, sin que en el caso sometido a enjuiciamiento concurriera en el sujeto en cuestión la cualidad requerida en el tipo, por lo que le condenó por un delito de estafa.

30 Reproduciendo el razonamiento de la STS de 4 de julio de 1997: "Sobre las razones político criminales que haya tenido el legislador para despenalizar, mediante la introducción de una condición objetiva de penalidad, las infracciones que no alcancen los 10.000.000 ptas., sometiéndolas a rigurosas sanciones pecuniarias de carácter administrativo...es posible discutir. Pero cualquiera que sea el acierto que haya tenido la ley desde esta perspectiva, lo cierto es que el sistema mixto de sanciones administrativas penales, constituye un régimen especial que excluye, por lo tanto, el general de estado, sin determinar una impunidad absoluta, sino estableciendo una modalidad sancionatoria específica para ilicitudes menores de una determinada cantidad que no puede ser ignorada".

31 "Hoy día nadie discute que el Derecho Penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado que actualmente se ha fijado en quince millones de pesetas para la Hacienda Pública y diez millones para la Seguridad Social".

32 "Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad referida a la cuantía mínima de 10 millones de pesetas para su punición. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de febrero de 2002 acordó incluir en la tipicidad del art. 308 los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo. Al no rellenarse la condición objetiva de la penalidad que el artículo contempla, procede desestimar en este aspecto el recurso de la acusación pública".

33 "Estos fraudes suponen una 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...Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señala como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador".

34 El fraude de subvenciones "es de aplicación preferente, por el principio de especialidad al tipo penal de estafa... y ello con independencia de la concurrencia o no de la condición objetiva de punibilidad contenido en este tipo penal...".

35 En relación con la aplicación del precepto a los fraudes a la Seguridad Social: "Estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado (sic. 308 CP) el que ha de ser aplicado por razón del principio de especialidad (art. 8.1 CP). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales, no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador".

subvenciones³⁶. Para el TC, «la existencia de un tipo distinto al aplicado (art. 308.1 CP) en cuya acción típica parece encajar más específicamente la conducta de la recurrente y que exige la superación de una determinada cuantía de lo defraudado, puede generar en el destinatario de la norma la expectativa de que cualquier obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas sólo es punible por encima de dicha cuantía, adoptando su conducta a dicho entendimiento... carece de toda lógica afirmar... que la ratio de la especialidad radica en la cuantía, con lo cual el fraude de subvenciones sería ley especial por encima de los diez millones de pesetas y dejaría de serlo por debajo de esa cantidad. Por el contrario, ha de afirmarse que si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de la especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables» (FJ 5).

Según entiendo, este razonamiento, seguido por fallos posteriores en la jurisdicción penal³⁷, encontraría respaldo en la justificación que ofrece la Exposición de Motivos de la LO 7/2012 de la incorporación al Código penal del delito de fraude a las prestaciones a la Seguridad Social. Conforme a cuanto se deduce de ella, el legislador parte de que los fraudes que no alcanzan la cuantía de 120.000 euros son impunes, y de ahí la necesidad de tipificar expresamente este otro delito, en tanto que es voluntad del legislador excepcionar aquél régimen: «Debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subven-

ciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros... Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido».

A nadie debiera escapar, de otra parte, la coherencia que introduce tal solución desde el punto de vista de las consecuencias que arroja. Baste insistir en que si se admitiera la aplicación subsidiaria del delito de estafa se introduciría una diferencia de régimen entre las modalidades del apartado primero y segundo del art. 308 CP, castigadas sin embargo, recordémoslo, con la misma pena. Porque mientras que en aquellos casos en que la dinámica comisiva sea la del apartado primero los fraudes inferiores a 120.000 euros serían castigados con la pena de la estafa, cuando se trate de la malversación de fondos su sanción remitiría al orden administrativo³⁸. Sobre lo incoherente de la solución a la vista de la identidad de penas con que el art. 308 CP castiga ambas modalidades típicas cuando superan aquella cuantía no parece preciso insistir.

Conviene por lo demás observar que tal línea de solución habría de considerarse válida pese a las críticas de las que ha sido objeto. Entre ellas la principal es la que apunta a la eventual paradoja que supondría afirmar que «la conducta de fraude de subvenciones que teóricamente sería también típica con arreglo al delito de estafa cuando el límite de la subvención supera los 120.000 euros deja de serlo —sin que se sepa por qué— cuando el fraude es inferior al citado límite»³⁹. A mi modo de ver, la apreciación de un concurso de leyes entre la estafa y el fraude de subvenciones cuando se dan los requisitos de éste —entre ellos el montante del fraude— no sólo no supone incoherencia alguna con la solución propuesta para este otro grupo de casos, sino que puede verse como su consecuencia lógica. Y

36 Recordemos que el supuesto de hecho se refería a una madre que falseó su lugar de residencia para tener acceso a una beca de transporte escolar y comedor para su hijo. El importe de la ayuda económica obtenida de este modo ascendió a 1.037.224 pesetas, una cantidad muy por debajo de los diez millones de pesetas requeridos entonces por el art. 308 para aplicar el fraude de subvenciones.

37 Puede citarse en la doctrina de las Audiencias la SAP de Islas Baleares de 19 de marzo de 2012 (ARP 2012\278), Caso Palma Arena. Se planteaba si procedía aplicar el delito de estafa al caso enjuiciado, en el que el fraude en la obtención de la ayuda no superaba la cuantía exigida en el art. 308 CP: «No desconoce la Sala que el precedente criterio es cuestionado por un sector doctrinal al considerar que el delito de fraude no es ley principal frente al delito de estafa. Mas la jurisprudencia absolutamente mayoritaria así lo entiende, y a ella debe acompañarse esta Sala. Habrá de ser pues en la vía administrativa sancionadora, y en su caso, por a través del procedimiento de reintegro, donde se dilucide la cuestión».

38 Salvo que se forzaran los límites de la estafa o apropiación indebida, tal como, según tuvimos ocasión de señalar, proponen algunos autores para salvar tal objeción pese a ser conscientes de lo forzado de la solución. Véase en nota 23 la cita de ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.

39 Refiriéndose expresamente a mi postura, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., p. 782.

es que si la expresa previsión de los fraudes al Erario Público en el art. 308 CP cierra el paso a la aplicación del tipo penal de estafa cuando su montante supera los 120.000 euros, lógico es también entender que esa misma previsión impedirá apreciar este delito por debajo de aquella cuantía. Así lo expresó con contundencia la ya referida STS de 28 de enero de 2003: «si el fraude de subvenciones fuera ley especial respecto a la estafa por encima de los diez millones de pesetas, la regla de la especialidad obligaría a entender que también la desplazaría cuando no alcanzase dicha cantidad, pues lo contrario sería absurdo y produciría consecuencias inaceptables».

Entiendo, por otra parte, que tampoco resulta insalvable la dificultad relativa a la existencia en nuestro Código penal de un tipo específico relativo a los fraudes a las prestaciones al sistema de la Seguridad Social, el art. 307 ter, que no contempla límite cuantitativo alguno para su castigo en el orden penal. Recordemos que este precepto, introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, prevé distintas consecuencias jurídicas dependiendo de la cuantía defraudada. En concreto, mientras la pena más elevada corresponde a los casos en que supera los 150.000 euros, dispone la aplicación de una pena inferior para aquellos otros en que los hechos, a la vista del «importe defraudado así como de los medios empleados y las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad». En tal caso, el legislador renuncia a imponer una pena de prisión, castigando los hechos con la pena de multa del tanto al séxtuplo. La existencia de tal precepto se ha esgrimido como argumento con el que denunciar la paradoja que supondría, según esta postura, castigar los fraudes que en principio tienen menor gravedad con independencia de su cuantía y, sin embargo, introducir restricciones cuando del fraude de subvenciones se trata⁴⁰. Entiendo, sin embargo, que la presencia de tal previsión se presta también a manejarse como argumento en sentido diametralmente contrario; en concreto, como confirmación de que cuando el legislador ha querido castigar los fraudes a la Hacienda con independencia de su cuantía ha procedido a su tipificación expresa, garantizando en cualquier caso una pena específica para los fraudes de menor envergadura que nada tiene que ver con la prevista para el delito de estafa.

No faltarían, por otra parte, argumentos de política criminal que vendrían a respaldar esta opción. No se olvide que a diferencia de lo que sucede cuando se trata

de la aplicación del tipo común de estafa, los fraudes a la Hacienda Pública no sancionados en el orden penal encuentran su ámbito de protección en el Derecho administrativo. La opción de relegar a él determinadas infracciones no sólo no contradice principio penal alguno, sino que precisamente encuentra su respaldo en uno tan esencial como es el de intervención mínima. Al igual que sucede con tantos otros tipos delictivos en los que la infracción penal es fronteriza con la administrativa, resulta no sólo perfectamente lícito sino digno de aplaudir que el legislador penal seleccione sólo los comportamientos más graves para elevarlos a la categoría de delito, confiando el resto al poder sancionatorio de la Administración; en concreto, a las previsiones de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, una ley que contempla diversas sanciones administrativas para los defraudadores de ayudas públicas. Y desde luego, cuando como en el caso que nos ocupa el injusto permite una cuantificación, nada hay que objetar al hecho de que el legislador penal condicione su intervención a la superación de una cuantía mínima de lo defraudado.

En contra de la postura que recobra para los casos en comentario el tipo común de estafa habría de argumentarse todavía la paradoja que comportaría desde el punto de vista del régimen de consecuencias aplicables. Bastaría trasladar a este punto las observaciones que ya tuvimos ocasión de realizar en relación con los casos en que el fraude alcanza la cuantía requerida por el tipo, objeciones referidas a la imposibilidad de aplicar entonces la excusa absolutoria contenida en apartado 5 del art. 308 CP así como el régimen de atenuación de la pena, contemplada en el apartado 7 del mismo precepto desde la reforma de 2012. Resultaría, en definitiva, la curiosa consecuencia de que el autor de un fraude de subvenciones por importe de más de 120.000 euros podría acogerse a dichos beneficios mientras que el responsable de una estafa de subvenciones por valor inferior vería cercenada tal posibilidad, por resultar de aplicación en estos casos el tipo común de estafa.

III. FALSEDADES DOCUMENTALES Y FRAUDE DE SUBVENCIONES

La relación concursal entre los tipos de falsedades documentales y la estafa de subvenciones está llamada a plantearse con extraordinaria frecuencia en la práctica. A nadie debiera extrañar que así sea teniendo en

40 En este sentido vimos que se expresaba la STS de 28 de noviembre de 2013.

cuenta no sólo que la consignación de datos falsos en el correspondiente formulario de solicitud supone ya de por sí una falsedad, sino que normalmente la materialización del engaño a la Administración Pública requiere la aportación de documentos falsos, ya sean falsificados por el propio solicitante o por un tercero. De los criterios generales conforme a los que deba discurrir su régimen tuve ocasión de ocuparme en otro lugar⁴¹, por lo que no tendría sentido volver a exponer en estas líneas los argumentos que entonces manejaba. Baste tan sólo recordar que ya en aquella sede defendía la necesidad de diferenciar entre los casos en que el solicitante se limita a presentar documentos falsificados por terceros y aquellos otros en los que es el autor de la falsificación, distinguiendo a su vez dentro de esta segunda tipología entre los documentos públicos y privados. A excepción de la confección de documentos falsos públicos, oficiales o mercantiles cuya tipicidad no requiere que la conducta falsaria se oriente a causar un perjuicio a un tercero⁴², esto es, que se realice «para perjudicar a otro», su régimen concursal con la estafa de subvenciones habrá de discurrir conforme a las reglas del concurso de leyes, en tanto que en tales casos los tipos de falsedad representarían secuencias sólo formalmente autónomas dentro de una misma maniobra ordenada a la consumación de un fraude⁴³. Esta conclusión habrá de mantenerse en tanto la falsedad sea efectivamente instrumental de la concesión de la ayuda. Distintos habrían de valorarse los casos en los que aquélla suponga una maniobra posterior a la consumación del delito de estafa de subvenciones. Es lo que

ocurrirá allí donde se realice en la fase posterior de justificación de la ayuda obtenida de forma ilícita. En tanto se sostenga, como creo que debe hacerse, que el art. 308.1 CP queda ya perfeccionado desde el momento de la puesta a disposición de los fondos al beneficiario, las falsedades posteriores habrán de considerarse autónomas frente a aquel delito⁴⁴. Esta premisa comporta dos consecuencias. Por un lado, que en el caso de las falsedades que requieren el ánimo de perjudicar a otro será apreciable un concurso de delitos entre el art. 308 CP y la respectiva modalidad falsaria ante la imposibilidad de reconducir a una misma acción sus respectivos injustos. La segunda, que en el caso de la falsedad en documentos públicos, la relación de concurso de delitos no será ideal —como sería propio de las falsedades instrumentales—, sino en todo caso real, al tratarse de acciones autónomas.

Partiendo de este esquema general, interesa en estas líneas llamar la atención acerca de la forma en que sobre tal régimen concursal han incidido las recientes reformas de delito de fraude de subvenciones operadas por las LLOO 7/2012 y 1/2015. Recordemos que ésta última incorporó en el art. 306 CP, relativo a los fraudes al presupuesto comunitario, la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años en los casos en que el fraude superase la cuantía de 50.000 euros. Por su parte, la primera de las leyes de reforma suprimió la entonces falta contemplada en el art. 628 CP, que castigaba con la pena de multa

41 *El fraude de subvenciones, op. cit.*, pp. 294 ss.

42 Si bien en relación con un delito fiscal a la Hacienda comunitaria, apreció un concurso de delitos de este tipo con el de falsedad en documento mercantil la STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010\7169).

43 El mismo régimen sería aplicable a las falsedades del art. 290 CP, en tanto que su tipicidad requiere que la conducta falsaria tenga lugar “de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma (cft. Sociedad), a alguno de sus socios o a un tercero”. La consecuencia es que también en estos casos su injusto se ubica en el marco de la realización de otro más amplio. De otra opinión se muestra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C, en *Derecho penal económico y de la empresa, op. cit.* p. 779. Maneja como argumentos la peculiaridad de los casos en que la falsedad comporte un peligro potencial para terceros así como aquellos en que llegue realmente a producirse el perjuicio. Según entiendo, la producción de éste no debe alterar en nada tal régimen concursal, al suponer tan solo la perfección de una secuencia que, en todo caso, se orienta a la producción del fraude de subvenciones, delito que habrá de apreciarse entonces en grado de consumación. Por otra parte, en los casos que refiere el autor en que el riesgo afecte a otros sujetos habrá de apreciarse efectivamente un concurso de delitos, sin que la singularidad de estos casos afecte al régimen de aquellos otros en los que el perjuicio se agota en la concesión de la subvención.

44 Es interesante al respecto la cita de la STS de 21 de junio de 2006 (RJ 2006\3769): “solo cuando la falsedad se erija en instrumento o medio para producir la defraudación podría plantearse la posibilidad de concurso de normas y la consunción del delito de falsedad en el delito contra la Hacienda Pública, pero no es éste el supuesto contemplado...las facturas declaradas falsas... no tuvieron influencia ni intervención en la supuesta comisión del delito del art. 308, no fueron instrumentales respecto a dicha defraudación, dado que no se aportaron a la Administración a los efectos de la solicitud del pago de la subvención, sino que fueron aportadas con posterioridad cuando por la Conserjería de Agricultura y la Agencia se inician expedientes de comprobación de las cantidades de aceituna declaradas en las campañas 94/95 y 95/96, se trata, por tanto de falsedades ex post tendientes no a facilitar el delito, sino su encubrimiento con fin de ocultar y justificar aquel delito, que se investiga en otro procedimiento. Autoencubrimiento que no puede considerarse impune”.

de uno a dos meses los fraudes de subvenciones a la Hacienda comunitaria cuyo importe oscilase entre los 4.000 y 50.000 euros, pasando tal conducta a configurar un tipo atenuado del delito, conforme al inciso segundo del art. 306 CP. Desde entonces para estos casos el legislador prevé la aplicación de una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o a la Seguridad Social por un periodo de seis meses a dos años. La modificación que ahora nos interesa es precisamente la relativa al nuevo régimen de penas contemplado para estos casos en el art. 306 CP, en tanto que incide directamente en su relación concursal con la estafa de subvenciones. En concreto, el interés de tener presente las penas previstas en esta modalidad se proyecta a los casos en que la cuantía del fraude no supere los 4.000 euros y para su consecución el autor hubiera cometido alguna de las falsedades documentales que, según el diseño antes referido, debiera entrar en relación de concurso de leyes con el delito de estafa de subvenciones, lógicamente siempre que, por la cuantía del fraude, hubiera resultado aplicable. En ellos, antes de la reforma de 2012 se planteaba la paradoja de que, cualquiera que hubiese sido la conducta falsaria la pena a imponer por el delito de falsedad documental resultaba superior a la que habría correspondido a los casos en que, por alcanzar el fraude la cantidad de 4.000 euros, resultase de aplicación la entonces falta de fraude a los presupuestos comunitarios contemplada en el art. 628 CP⁴⁵. Tal incoherencia ha resultado sensiblemente paliada desde dicha ley de reforma al elevar, en los términos ya referidos, la pena prevista para este tipo de fraudes. Ahora, en efecto, en los casos de uso de un documento falso tanto público como privado la pena de prisión (tres a seis meses) es inferior en sus límites máximos a la prevista por el art. 306 CP para los fraudes superiores a 4.000 euros (prisión de tres meses a un año). Se mantiene no obstante la denunciada paradoja en relación con la pena de multa prevista tanto en los delitos de falsedad en documento público como por el tipo de estafa de subvenciones. En efecto, al contemplar el art. 393 CP para la utilización de un documento público falso la pena de multa de tres a seis meses de forma acumulativa con la de prisión y, por su parte, prever el inciso segundo del art. 306 CP en términos alternativos a la pena de prisión la de multa del tanto al triplo de

la cantidad defraudada, resulta que en los casos menos graves —fraudes inferiores a 4.000 euros— la pena aplicable resultará de nuevo más severa que la prevista para las defraudaciones de superior cuantía. En tanto que en ellos el fraude de subvenciones desplaza al tipo de falsedad, sólo resultará de aplicación la pena de prisión citada ó la de multa conforme al art. 306 CP.

Es más la ya citada incoherencia que supone que los fraudes a los presupuestos comunitarios por cuantía inferior a 4.000 euros resulten castigados con una pena superior que aquellos otros que exceden de la citada cantidad se mantiene plenamente, también en lo que se refiere a la pena de prisión, cuando el sujeto haya cometido una falsedad en documento privado como medio para lograr la obtención ilícita de la ayuda comunitaria. Recordemos que el art. 395 CP prevé una pena de prisión de seis meses a dos años mientras que la pena de prisión conforme al inciso segundo del art. 306 CP es, tengámoslo presente una vez más, la de tres meses a un año sustituible por multa. Incoherencia similar persiste en relación con la falsedad en documentos sociales contemplada en el art. 290 CP, en tanto que también en estos casos la recuperación de la autonomía del delito de falsedad —por no quedar absorbido por el injusto del inciso segundo del art. 306 CP debido a la menor cuantía del fraude— determinaría una pena superior para los casos menos graves. En efecto, la pena del art. 290 CP es sensiblemente más elevada —prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses— que la ya tantas veces referida pena del inciso segundo del art. 306 CP.

Precisamente para evitar las dificultades anteriores y en relación con la situación previa a la reforma de 2012 propuse realizar una interpretación funcional del precepto que tuviera en cuenta la fusión del injusto de la falsedad con el propio de la estafa de subvenciones, de tal modo que allí donde éste decaiga debiera hacerlo también el castigo autónomo de la falsedad. Se trataría, en definitiva, de una interpretación orientada a las consecuencias, y, en concreto, a evitar el contrasentido que de otro modo se produciría. Con tal comprensión no sólo se salvarían las incoherencias denunciadas en relación con los fraudes comunitarios, en los términos que ya hemos tenido ocasión de exponer. Se evitaría también la que se produciría respecto a los fraudes de subvenciones a la Hacienda interna atendiendo al régimen especial que prevé el legislador para los casos en que el sujeto regularice su situación en las condiciones que prevé el apartado 5 del art. 308 CP. Téngase en

45 Sobre la situación anterior a la reforma de 2012 tuve ocasión de ocuparme en *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 319 ss.

cuenta que, según dispone el precepto, el reintegro de las cantidades no sólo determinará la exención de pena por el delito de fraude de subvenciones, sino también «por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación». Resultaría entonces la paradoja de que mientras el responsable del fraude de subvenciones a la Hacienda interna —cuando su importe supera los 120.000 euros— podría quedar exento de pena por las falsedades más graves, como sin duda son las cometidas en documento público, oficial o mercantil (llamadas a entrar en concurso de delitos con el art. 308 CP), en los casos en que el fraude fuera inferior a tal cantidad el delito instrumental de falsedad orientado a la producción del perjuicio habría de venir inexorablemente en consideración. Una conclusión, de nuevo, difícil de entender en términos de una política legislativa atenta a las consecuencias.

Obviamente, tanto antes como ahora, tras la reforma de 2012, las razones que siguen justificando dicha propuesta no ignoran la conveniencia de proponer, *de lege ferenda*, la incorporación de una cláusula que expresamente excluya en tales casos la autonomía del delito de falsedad instrumental, zanjando de este modo las oscilaciones que pudiera producirse en la aplicación práctica de estos preceptos por parte de nuestros Tribunales de justicia.

IV. ADMINISTRACIÓN DESLEAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO Y FRAUDE DE SUBVENCIONES

Se trata en este apartado el régimen por el que deba discurrir la calificación del funcionario público que, actuando como tal, participa en la concesión ilegal o en la desviación de las subvenciones o ayudas públicas, casos en los que se plantea la relación concursal del delito de malversación del patrimonio público con la eventual participación de aquél en el delito de fraude de subvenciones.

Aun sin ser por razones obvias el objeto de la presente investigación el estudio del delito de malversación, conviene realizar muy brevemente algún apunte

acerca de su actual configuración tras la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015. Recordemos que desde entonces el tipo de malversación se configura por remisión a las conductas de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP), técnica que requiere, por tanto, traer a colación las modalidades que respectivamente castiga el legislador en cada uno de esos tipos delictivos en el caso de los particulares. En concreto, mientras la modalidad de administración requiere que el funcionario ostente la capacidad de comprometer el patrimonio público y actúe gestionándolo de modo desleal, la tipicidad de la apropiación se dará allí donde haya recibido bienes muebles por un título que le obligue a su reintegro, no procediendo a él. En tanto que en los casos que nos interesan la actuación del funcionario posibilita o, al menos, coadyuva, al desvío de fondos orientados a la consecución de un fin público, será la primera modalidad, la de administración desleal, la que en la práctica está llamada a concurrir con el fraude de subvenciones.

Dentro de esta fenomenología, varios son los supuestos que pueden venir en consideración. El primero corresponde a aquellos en que la actuación desviada del funcionario adquiere protagonismo en el momento de la concesión ilegal de la ayuda, favoreciéndola o posibilitándola. Será lo normal que en tales casos aquél actúe en connivencia con el particular beneficiario, mediando con frecuencia una contraprestación a modo de recompensa por su intervención. El segundo de los casos corresponde a la modalidad de malversación de la subvención o ayuda, donde su contribución consistiría en no proceder a la revocación de la concesión pese a tener conocimiento de la irregularidad, siempre lógicamente que se trate de un funcionario con competencias en tal sentido. De los dos supuestos imaginables sólo en relación con el primero de ellos va a plantearse la concurrencia del fraude de subvenciones con el delito de malversación, en tanto que la conducta de posibilitar la desviación de fondos imputable a la actuación irregular de un particular no puede reconducirse a este último delito, aspecto sobre el que reina unanimidad en la doctrina⁴⁶ y jurisprudencia⁴⁷. En estos supuestos,

46 Al respecto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, op. cit., “en este caso no resulta aplicable el delito de malversación, porque los caudales de la subvención dejan de ser caudales públicos desde el momento en que ingresan en el patrimonio del particular”, p. 790. NIETO MARTÍN, A., en tanto que “resulta más complejo afirmar que el funcionario ‘encargado’ de la revisión tiene ‘a su cargo’ caudales públicos”. Por otra parte, añade, una vez concedida la subvención faltaría el objeto material del delito, en tanto que los caudales dejan de ser públicos una vez que ingresan en el patrimonio del particular, en “Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones”, en *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delitos financieros. Fraude y corrupción en Europa*, Salamanca, 2002, p. 141.

47 Resulta interesante en este sentido la cita de la STS de 3 de junio de 2015 (2015\164144), en la que se planteaba la posibilidad de apreciar el delito de malversación en la actuación de tres funcionarios que, a sabiendas de la previa concesión ilegal de los fondos, lograron

por tanto, tan sólo podrá plantearse, en su caso, la responsabilidad del funcionario por la participación en la conducta de desviación de subvenciones del art. 308.2 CP, no por el delito de malversación.

Así delimitado el problema, al igual que recordábamos al tratar la relación del art. 308 CP con el delito de estafa, la solución de la cuestión que nos ocupa reclama la previa delimitación de los respectivos bienes jurídicos protegidos por cada uno de los tipos en concurso. Adoptando como premisa la comprensión pluriofensiva del objeto de protección del fraude de subvenciones en los términos que ya tuvimos ocasión de definir en el apartado correspondiente, resta por definir cuál sea el interés o intereses protegidos por el delito de malversación del patrimonio público.

Es común reconocer tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que en la razón de ser de la tipificación del delito de malversación convive, junto con el deber de fidelidad y lealtad que pesa sobre el funcionario, el interés en la protección patrimonial de los fondos apropiados o desviados⁴⁸. Resulta de esta for-

ma posible identificar una zona de cierta intersección entre los intereses protegidos, respectivamente, por el delito de fraude de subvenciones y el de malversación del patrimonio público, extremo que pudiera inclinar la solución a favor de apreciar un concurso de leyes a resolver con la aplicación preferente del delito de malversación, tal como en ocasiones lo ha entendido tanto la doctrina⁴⁹ como la jurisprudencia⁵⁰. Frente a tal postura considero que en el caso en que la actuación del funcionario público sea subsumible en ambas modalidades típicas procede apreciar un concurso de delitos. Así lo respalda el entendimiento de que tanto en el fraude de subvenciones como en la malversación la protección del patrimonio es un aspecto indisolublemente ligado a los intereses que, de forma principal y autónoma, se pretenden proteger en cada uno de los delitos. La disparidad de dichos intereses principales, que constituyen respectivamente la razón de ser de cada uno de los preceptos, determina que allí donde concurren los presupuestos de ambos tipos delictivos la totalidad del injusto sólo quede abarcada cuando se aprecian de

el archivo del expediente abierto por posibles irregularidades en el disfrute de una ayuda tras aprobar las cuentas con las que se pretendía justificar la inversión dada a las cantidades recibidas. El Ministerio Público y el Abogado de la Generalitat sostuvieron la calificación de la conducta de aquellos como una forma de participación en el delito de malversación, por tratarse de un desplazamiento patrimonial provisorio que solo se perfecciona cuando se justifica un correcto destino. Frente a ello considera el TS que este delito queda ya consumado desde el momento de la disponibilidad de los fondos por parte del beneficiario: "aquellas subvenciones que están bien concedidas por cumplir con todos los requisitos, que se han abonado anticipadamente y que luego no son justificadas convenientemente por haber sido desviadas no podrán conformar el sustrato de un delito de malversación, sino, en su caso, el delito del art. 308 CP. La participación de un funcionario público facilitando ese desvío sobrevenido de fondos o incumpliendo su deber de exigir el reintegro no es malversación, aunque podría incardinarse, según los casos, en otros tipos penales... Es la obtención material de los fondos, la posibilidad de disposición sobre los mismos, la que marca el momento consumativo del delito de malversación, al igual que otros delitos de enriquecimiento como el hurto, la estafa o el robo. No es necesaria una posterior convalidación formal que, de no llegar, no degradará absurdamente el grado de ejecución. En el preciso momento en que salieron del erario público dejaron de ser fondos públicos. Por eso su desvío por los particulares que los han recibido no es malversación sino un delito específico (art. 308.2 CP CP; por cuanto no es encajable el supuesto en ninguna de las previsiones del art. 435 CP). Que la malversación consista en sustraer sin ánimo de reintegrar, no significa que si se devuelve no haya consumación".

48 ROCAAGAPITO, "L., *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Valencia., 2015, p. 888; GARROCHO SALCEDO, A., "Los delitos de malversación", en *Economía*, 2014, p. 269. En la jurisprudencia, puede verse, entre otras, la STS 1 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10160): "no es sólo la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios"; STS 7 de enero de 2003 (RJ 2004\1834) "el bien jurídico lesionado, estuvo constituido tanto por el perjuicio patrimonial que sufrió la Administración —en este caso la Provincial—, como por la lesión de la función pública en la correcta gestión de los recursos públicos y en la satisfacción de los intereses penales".

49 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa*, op. cit., pp. 789 s. NIETO MARTÍN, A., "Malversación de caudales públicos y fraude de subvenciones", op. cit., p. 146. El mismo en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, Dir. Gómez Rivero, Madrid, 2015, p. 494. En la jurisprudencia es de citar la STS 7 de enero de 2003 RJ 2004\1834. Enjuiciaba, junto con la de otros imputados, la conducta del alcalde que solicitó cuatro subvenciones de la Diputación a nombre de dos Comunidades Vecinales. Posteriormente, y pese a ser beneficiario de las ayudas las informó favorablemente como Alcalde integrante de la Comisión de Gobierno, remitiendo seguidamente tales expedientes a la Diputación Provincial. El Alcalde ingresó en su cuenta corriente particular el importe total de las cuatro subvenciones concedidas por un importe, respectivamente, de 1.450.000, 1.450.000, 1.500.000 y 1.500.000 ptas., sin que fueran aplicadas tales cantidades a la realización de las obras para las que fueron concedidas. Para el TS, la conducta sería constitutiva de un delito de malversación. Se evita de esa forma, según el fallo, la incoherencia que se produciría si se calificasen los hechos conforme al delito de fraude de subvenciones, toda vez que entonces la conducta quedaría impune, al no alcanzar la cuantía requerida por el tipo.

50 Véase la STS de 3 de junio de 2015.

forma conjunta⁵¹. Únicamente entonces, en efecto, se castiga la doble lesión que representa, de un lado, la frustración de los fines públicos propia de la desviación de los fondos destinados a las subvenciones y, de otro, la infracción de los deberes de lealtad que pesan sobre el funcionario directamente implicado en la conducta de desviación de los fondos que tiene a su cargo. Únicamente si el legislador hubiera previsto una cualificación en el delito de fraude de subvenciones para los casos en que el responsable tenga la consideración de funcionario público podría admitirse que su apreciación permitiría abarcar el contenido total de injusto⁵². Pero en tanto no ha procedido de ese modo, la apreciación de tan sólo una de las infracciones supondría un castigo parcial del contenido de desvalor que comportan tales supuestos. Considero en este sentido digna de aplauso la STS de 7 marzo de 2003 (RJ 2003/2557), cuando afirme: «Si, además, los hechos son subsumibles bajo el tipo de fraude de subvenciones del art. 308 CP... ello no podría significar sino que el delito de malversación ha concurrido también con el delito de fraude de subvenciones. En modo alguno podría estimarse que son aplicables al caso los criterios de exclusión previstos en el art. 8 CP. Dicho de otra manera, la finalidad con la que se habrían confeccionado los documentos destinados a justificar la subvención no excluye que el acto objetivamente ejecutado sea también subsumible bajo el tipo de la malversación, pues el autor, en todo caso, está disponiendo de caudales públicos que tiene a su cargo administrar. Consecuentemente, si se admitiera el punto de visto del recurrente el fraude de subvenciones se tendría que incluir en el concurso ideal al lado de la malversación».

A partir del reconocimiento de tal relación concursal conviene hacer algunas precisiones. En primer lugar, que allí donde la actuación del funcionario haya sido decisiva para la concesión ilegal de la ayuda constitutiva de un delito de fraude de subvenciones, el tipo de malversación que normalmente entrará en concurso con esta calificación será el agravado previsto en el art. 432.3 b) CP. Recordemos que este precepto, redactado conforme a la LO 1/2015, dispone la aplicación de la pena de prisión de cuatro a ocho años además de la

inhabilitación absoluta de 10 a 20 años cuando, entre otras circunstancias, el valor del perjuicio causado exceda de 50.000 euros. En tanto que la tipicidad de la estafa de subvenciones se condiciona en el art. 308 CP a que el fraude alcance la cantidad de 120.000 euros⁵³, habrá de considerarse, conforme a la teoría de la frustración del fin, que el perjuicio patrimonial causado por el funcionario excede de los 50.000 euros. Sólo en los casos en que su colaboración se refiera a la conducta contemplada en el inciso segundo del art. 306 CP, relativo a los fraudes a los presupuestos comunitarios por valor entre 4.000 y 50.000 euros, vendría en consideración el tipo base del delito de malversación.

En segundo lugar, conviene observar que la participación del funcionario por el delito de fraude de subvenciones discurrirá conforme al concreto título de participación que resulte aplicable, ya sea la autoría, inducción, complicidad o cooperación necesaria. Si se adopta como punto de partida la consideración de que el delito de fraude de subvenciones en la modalidad de obtención ilegal de fondos es un tipo especial que requiere para la autoría la condición de beneficiario de quien actúa⁵⁴, el título de responsabilidad del funcionario que solicita en nombre de otro los fondos en cuestión y adicionalmente realiza una desviación de los mismos en tanto funcionario público habrá de discurrir conforme a las previsiones del art. 31 CP. A un supuesto de este tipo obedece el caso enjuiciado por la referida STS de 7 de enero de 2004, relativo al Alcalde que formalizó las correspondientes instancias de cuatro subvenciones a nombre de dos Comunidades Vecinales del Municipio y además firmó las certificaciones acreditativas de la realización de las obras por las que se solicitaban las cuatro subvenciones, si bien algunas ya habían sido ejecutadas con cargo a otras partidas municipales o a otras ayudas previamente obtenidas, ingresando en su cuenta el importe de las cuatro subvenciones.

Una tercera observación llama la atención sobre el dato de que también al funcionario — calificado como autor, cooperador necesario, inductor o cómplice en el delito contra la Hacienda Pública— le serán de aplicación, en su caso, las previsiones orientadas a conceder

51 PEREÑA PINEDO, I., en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, op. cit., p. 556.

52 Es el caso del Código penal alemán, cuyo parágrafo 264 dispone la aplicación de una pena superior en los casos en que el autor utiliza su potestad o posición como funcionario para la concesión de la ayuda (apartado 2.2).

53 Si bien en la doctrina es posible encontrar partidarios de considerar que la cantidad de 120.000 euros se refiere, no a la cuantía defraudada, sino al importe de la subvención, partimos en estas líneas de que el referente de la citada cuantía es el montante del fraude. De los argumentos que apoyan tal consideración me ocupé ampliamente en *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 209 ss.

54 En tal sentido tuve ocasión de pronunciarme en *El fraude de subvenciones*, op. cit., pp. 253 ss.

un régimen atenuado especial. Recordemos que el apartado 7 del art. 308 CP, introducido por la LO 7/2012, aclara expresamente que la atenuación de la pena que contempla resulta aplicable a los partícipes en el delito «cuando colaboren activamente para la obtención de las pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del obligado o del responsable del delito».

Por último, conviene tener presente que la relación concursal que se sostiene será igualmente aplicable a los casos en que, junto con la participación del funcionario en el fraude de subvenciones, vengan en consideración otros delitos contra la Administración Pública, como el cohecho, la prevaricación o el tráfico de influencias. También en estos casos la disparidad de los intereses protegidos en primer plano, respectivamente, por los delitos contra la Administración Pública y contra la Hacienda Pública reclama su apreciación conjunta allí donde se den sus correspondientes presupuestos. Respecto al régimen concursal de esos otros delitos con el de fraude de subvenciones, alguna mención especial merece el delito de fraude del art. 436

CP, redactado conforme al texto de la LO 1/2015. Junto con la conducta del funcionario que se concierta con los interesados en cualquier acto de las modalidades de contratación pública o en la liquidación de efectos o haberes públicos, tipifica el uso por aquél sujeto activo de «cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público», modalidad a la que puede reconducirse la conducta de connivencia con el particular que recibe de forma ilícita una subvención ayuda. En lo que concierne a la relación de este precepto con la estafa de subvenciones conviene hacer notar un par de observaciones. La primera, que en tanto el art. 436 CP no requiere que el sujeto activo tenga capacidad para disponer del patrimonio público, sino sólo una intervención decisiva en la gestión, está llamado a entrar en concurso con el fraude de subvenciones en un mayor número de casos. La segunda, que dado que este precepto se configura como la antesala de la producción de un perjuicio patrimonial⁵⁵, procederá su aplicación allí donde la maniobra fraudulenta orientada a la obtención ilícita de una subvención o ayuda quede en grado de tentativa, apreciándose entonces el correspondiente concurso de delitos.

55 Por todos, NIETO MARTÍN, A., *Nociones de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, op. cit., p. 500.