

LA PROLONGACIÓN INDEBIDA DEL DISFRUTE DE PRESTACIONES SOCIALES (307 TER CP): ¿UN DELITO CONTINUADO O UN DELITO PERMANENTE?

Adrián Viejo Mañanes

Abogado, Doctorando - Universidad Complutense de Madrid

Title: *The undue prolongation of the enjoyment of social security benefits (art. 307 ter Criminal Code): a permanent or continuing offence?*

Resumen: El presente artículo analiza y trata de demostrar, desde un punto de vista dogmático, la posibilidad de reputar la prolongación indebida de fraude de prestaciones sociales como un delito permanente, contrariamente a lo que viene sosteniendo la jurisprudencia de nuestros Tribunales que condena hechos de prolongación de fraude de prestaciones sociales como un delito continuado *ex artículo 74.1 CP*.

Palabras clave: Fraude de prestaciones sociales; prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales; delito permanente.

Abstract: *This article analyzes and tries to demonstrate, from a dogmatic point of view, the possibility of considering the undue prolongation of benefit fraud as a permanent crime, contrary to the case law of our courts, which convicts for facts of prolongation of social benefit fraud as a continuing offence in accordance with the provisions of Article 74.1 CC.*

Keywords: *Social benefits fraud; Undue prolongation of the enjoyment of social security benefits; Permanent crime.*

Sumario: 1. Introducción: planteamiento de la cuestión y definición del objeto de estudio. - 2. Estado de la cuestión en la actualidad: la jurisprudencia. - 3. El criterio de la unidad típica de acción como elemento clarificador para determinar la permanencia de la acción típica. - 3.1. Consideraciones previas. - 3.2. El delito permanente como ejemplo de unidad típica de acción. - 4. Traslado de la construcción dogmática de los delitos permanentes a la descripción típica de prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales. - 4.1. Bien jurídico de naturaleza comprimible. - 4.2. Comportamiento típico dilatado en el tiempo descrito por la norma. - 4.3. Voluntad de mantenimiento por parte del agente. - 5. Conclusiones. - 6. Bibliografía.

1. Introducción: planteamiento de la cuestión y definición del objeto de estudio

Pese a que el delito de fraude de prestaciones sociales se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal hace casi más de diez años con ocasión de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, resulta cuanto menos llamativo que apenas existan estudios monográficos que analicen las diferentes controversias que suscita el injusto del 307 ter CP, cuyo tipo básico reza lo siguiente: «quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión».

Entre las diferentes dudas que nos pueden asaltar a la hora de examinar concienzudamente el tipo básico una de ellas podría ser cómo confrontar la continuidad delictiva prevista en el artículo 74.1 CP¹ con la modalidad típica de prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales, especialmente cuando esa prolongación de disfrute de prestaciones se mantiene en el tiempo prolongándose indebidamente en diferentes ocasiones. O dicho con otras palabras, si varios actos de prolongación de prestaciones sociales son abarcados por el tenor de la ley, y el

¹ «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». Sobre la continuación delictiva, valga por todos el ATS de la Sala Segunda núm. 766/2020, de 5 de noviembre [JUR 2020/325985] (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez): «En consecuencia, la apreciación de la continuidad delictiva es correcta por conforme con las condiciones objetivas y subjetivas que nuestra jurisprudencia ha venido señalando para la aplicación del delito continuado, y que son los siguientes: a) debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; b) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; c) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; d) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad «del modus operandi» o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; e) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; f) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo; y g) que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el artículo 74.3 CP (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) (SSTS, entre muchas, 1600/2000, 1068/2002 (RJ 2002, 7582) , 298 y 760/2003, 523/2004, 882/2005, 749/2016 (RJ 2016, 4923)».

verbo típico prolongar, pudiéndose reputar como un único delito —un delito permanente— o si, de lo contrario, la pluralidad de actos positivos consistentes en prolongar periódicamente el disfrute indebido de prestaciones sociales pueden calificarse como hechos independientes entre sí cuya punición finalmente fuera como delito continuado.

Como veremos, ya existen algunas resoluciones relativamente novedosas dictadas por nuestras Audiencias Provinciales y la Sala Segunda del Tribunal Supremo posicionándose sobre este punto concreto, si ha de condenarse por un delito continuado de fraude de prestaciones sociales o si el tenor de la norma ampara la posibilidad de calificar como un delito permanente la prolongación sucesiva de prestaciones sociales, mas los fundamentos en aquéllas contenidos por los que se posicionan en favor de una u otra teoría no resultan a nuestro juicio por completo idóneos y clarificadores de acuerdo con nuestro entendimiento.

Y es que la cuestión no es baladí en términos penológicos y prácticos. El individuo que indebidamente haya prolongado el disfrute de una prestación será condenado por el órgano sentenciador a la pena superior en grado prevista para el tipo básico o el tipo agravado cuando se aprecie la continuidad delictiva, en función entre otros de la cantidad defraudada, en cambio su marco penológico se mantendrá determinado por el tipo básico o el tipo agravado porque podamos acreditar que la modalidad delictiva de prolongación permita el mantenimiento *sine die* de la conducta antijurídica, con el consiguiente sostenimiento de la afección al bien jurídico, tratándose por ende de un único delito que perdura en el tiempo. En consecuencia, podemos constatar la importancia a efectos prácticos del análisis que se va proceder a realizar en el presente trabajo y de las conclusiones que extraigamos.

2. Estado de la cuestión en la actualidad: la jurisprudencia

Sobre la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva en el delito de fraude de prestaciones en su modalidad de prolongación indebida ya se han pronunciado varias Audiencias Provinciales en varias resoluciones y en una ocasión el Tribunal Supremo: (i) la SAP de Lleida (Sección Primera) núm. 94/2020, de 14 de mayo [JUR 2020\252560] (Ponente: Ilmo. Sr. Don Víctor Manuel García Navascués), (ii) la SAP de Córdoba (Sección Segunda) núm. 243/2018, de 11 de junio [JUR 2018\259710] (Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Morillo-Velarde Pérez) y (iii) la STS núm. 42/2015, de 28 de enero [RJ 2015\1036] «Caso cobrar pensión de jubilación de madre fallecida» (Ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García).

Primeramente, centrándonos en la referida SAP de Lleida (Sección Primera) núm. 94/2020, de 14 de mayo [JUR 2020\252560] (Ponente:

Ilmo. Sr. Don Víctor Manuel García Navascués), y prescindiendo de la SAP de Córdoba dado que fue dictada en conformidad, asienta la condena por delito continuado de fraude de prestaciones sociales por el que sigue por fundamento (cursiva añadida):

«Nos encontramos además ante un delito continuado en los términos que requiere el artículo 74 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , ya que, en ejecución de un plan preconcebido, estuvo percibiendo durante años la prestación pública con cargo al Sistema de la Seguridad Social, primero por incapacidad laboral temporal y después por incapacidad permanente absoluta; al respecto, *dice la STS núm. 676/2019, de 23 de enero de 2020 (RJ 2020, 415)*, que como acabamos de exponer condenó por unos hechos similares a los que nos ocupan pero por delito continuado de estafa, ya que aún no había entrado en vigor la reforma del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que introdujo el artículo 307 ter, dice que «la obtención permanente de la prestación obtenida fraudulentamente determina la existencia de un delito continuado de estafa al que resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 74.2 CP, por lo que la pena se ha de fijar con arreglo al artículo 249 CP».

Asimismo, la STS núm. 42/2015, de 28 de enero [RJ 2015\1036] (Ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García) aprecia la continuidad delictiva por el siguiente motivo (cursiva añadida):

«El artículo 307 ter sanciona en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.

El comportamiento ahora enjuiciado encaja en la modalidad de prolongación del disfrute de prestaciones, por lo que el artículo 307 ter por su especialidad, desde su entrada en vigor desplaza a los artículos 248, 249 y 250 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) con arreglo a los cuales se venían calificando tales comportamientos. Tal sucesión normativa obliga a efectuar la correspondiente comparación a fin de determinar si la nueva tipicidad pudiera ser más favorable al recurrente, y, en su caso, retroactivamente aplicable.

El artículo 307 ter castiga su modalidad básica con la pena de seis meses a tres años de prisión. También contempla un tipo atenuado, para el que prevé multa, cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revisitan especial gravedad. Y otro agravado, para cuando, entre otros casos, el valor de las prestaciones defraudadas fuera superior a cincuenta mil euros.

Tratándose, como se trata en este caso, de una defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no existe motivo alguno para sustraer este supuesto, de inequívoco carácter patrimonial, del régimen general que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado, a partir del Acuerdo del Pleno jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 (JUR 2007, 351826) , para la determinación penológica cuando de delitos patrimoniales se trata.

Así, en este caso sería aplicable la modalidad agravada, ya que la defraudación que se ha conformado a partir del cobro de las sucesivas mensualidades de la pensión, ha alcanzado la suma total de 51.569,10 euros, que lleva aparejada una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo, penalidad más gravosa para el recurrente que la correspondiente a la estafa agravada por la que viene condenado, por lo que la aplicación retroactiva queda descartada».

Colegimos que las citadas resoluciones se apoyan en apreciar la continuación delictiva por tres motivos, poseyendo el primero y el tercero un fundamento semejante: (i) porque puede apreciarse la continuidad delictiva en el delito de estafa, (ii) porque la obtención permanente determina la existencia de un delito continuado de estafa y (iii) porque el 307 ter CP posee un carácter patrimonial y no cabe sustraer este supuesto la apreciación de la continuidad delictiva en el injusto típico determinándose la pena a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007².

En cuanto al primer motivo, a nuestro juicio no creemos que debamos detenernos en demasía. Que se pueda apreciar la continuidad delictiva en el delito de estafa (248 CP) es un argumento poco o nada convincente para que ésta pueda apreciarse en el 307 ter CP, y ello a pesar de que la construcción del delito de fraude de prestaciones sociales se realiza a partir de la estructura tradicional del delito de estafa³ —ambos tipifican unos hechos en los que se causa un perjuicio patrimonial mediante una conducta mendaz o engañosa—, toda vez que ya existe una norma que por criterios de especialidad desplaza la aplicación del delito de estafa, luego si desplaza a ese injusto desde su entrada en vigor no cabe apoyarse en aquella norma a la que con anterioridad a la promulgación del 307 ter CP se reconducían estas conductas defraudatorias de prestaciones en un gran número de ocasiones para motivar esta decisión, dado que si existe un «nuevo» tipo penal que el legislador ha creado *ad hoc* para punir estas conductas resultará necesario analizar la redacción del «nuevo» injusto para poder fundamentar o no la continuidad delictiva.

² Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 30 de octubre de 2007 [JUR 2007/351826]: «Asunto Único: Conclusión del primer punto de la anterior Sala General, de fecha 18 de julio de 2007, relativo a la unificación de criterios en torno a la penalidad del delito continuado de estafa y apropiación indebida.

El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena.

Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La Regla Primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración».

³ Sobre que la construcción del injusto de fraude de prestaciones sociales se realiza tomando como base el delito de estafa, desde antaño: Bustos Rubio, M., «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal» en *Revista Penal*, nº 35, 2015, p. 6.

Por otro lado, la siguiente razón sobre la que debemos detenernos es la fundamentación acogida por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección Primera) núm. 94/2020, de 14 de mayo [JUR 2020\252560] (Ponente: Ilmo. Sr. Don Víctor Manuel García Navascués), que se amparaba en la STS núm. 676/2019, de 23 de enero [RJ 2020\415] (Ponente: Excmo. Sr. Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina), al afirmar que «la obtención permanente de la prestación obtenida fraudulentamente determina la existencia de un delito continuado de estafa». Esa alusión a dilatar permanentemente en el tiempo la obtención podría tener cabida con anterioridad a la promulgación del delito de fraude de prestaciones, cuando se reconducían estas conductas vía 248 CP, pero no desde la promulgación del actual 307 ter CP con la incorporación *ex novo* de la prolongación como verbo típico, puesto que esa «obtención permanente» supone una deformación del lenguaje para evitar aludir a una prolongación, lo cual supone dejar vacía de contenido a esa modalidad típica de prolongación. O lo que es igual, existiendo como existe una modalidad de prolongación indebida, que permitiría su permanencia durante un lapso temporal, no puede admitirse esa interpretación de aludir a una obtención permanente para condenar por un delito continuado, pues evidentemente varios actos de obtención darían lugar a diferentes hechos que supondrían varios delitos y, por ende, a un delito continuado, cuando ya se prevé específicamente un comportamiento típico que es la propia prolongación indebida, lo cual supone una interpretación *contra legem* en perjuicio del reo contraria al principio de legalidad; por ello debemos desechar esta fundamentación.

Finalmente, el último de los motivos que esgrime esta vez la Sala Segunda del Alto Tribunal posee más aristas. La Sala Segunda aprecia, a partir del inequívoco carácter patrimonial del delito, la continuidad delictiva y debido a que comoquiera que se trataba de una «defraudación articulada a través de pagos mensuales, que se mantuvieron durante años» mantiene la condena por un delito continuado y rechaza el recurso interpuesto por la defensa del encartado. Pues bien, primeramente, poco o nada según nuestro entendimiento tiene que ver que el tipo posea un evidente carácter patrimonial para apreciar la continuidad delictiva. Ello es una característica más del injusto, como otros muchos delitos, y como otras muchas que ha resaltado la doctrina y a las que nos adherimos: como puedan ser que se reputa como un delito de resultado⁴ o que es un tipo mixto alternativo⁵, pero que *per se* no es ni son suficientes para avalar una condena por un delito continuado. Y que la defraudación se

⁴ Por todos, Bustos Rubio, M., «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter CP)» en AA.VV. *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 189.

⁵ Coca Vila, I., «Protección de las haciendas públicas y la seguridad social» en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 634; Díaz Morgado, C., «Delitos tributarios y contra la Seguridad Social» en AA.VV. *Manual de*

realice durante pagos mensuales, que se mantuvieron durante años, no es una fundamentación como tal, es una explicación de cómo funciona la dinámica de las prestaciones sociales en particular, y de la vía del gasto de la Seguridad Social en general, (pagos generalmente mensuales al sujeto activo del delito por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social) mas la prolongación durante meses de esa dinámica puede tener su encaje perfectamente en el tenor literal de la norma: prolongar indebidamente el disfrute de prestaciones sociales⁶. En consecuencia, somos de la opinión de que la mera dinámica de toda prestación no puede ser tampoco óbice para respaldar la condena por un delito continuado. Y es que piénsese que si la dinámica de prolongar la prestación hubiera sido modificada por el sujeto activo de modo que hubiese solicitado el disfrute de la prestación en una única vez, anualmente por ejemplo, siguiendo con ese planteamiento, no cabría la condena como un delito continuado por cuanto no se articula la defraudación a través de pagos mensuales sino en un único pago anual, pese a que la cuantía defraudada sea idéntica, luego no estaríamos ante un delito continuado de prolongación indebida de prestaciones sino ante un delito de obtención indebida del disfrute de prestaciones por la cantidad correspondiente a una anualidad, lo cual carecería de sentido alguno.

Es por ello que colegimos que para poder determinar la posibilidad de apreciar o descartar la continuidad delictiva en la modalidad de prolongación indebida del delito de fraude de prestaciones sociales debemos realizar un estudio pormenorizado con arreglo al sentido del tipo legal en general, y al verbo típico prolongar en particular; es decir, debemos focalizarnos en el verbo típico y en el concepto de unidad típica de acción, al objeto de poder afirmar si «la obtención permanente de la prestación obtenida fraudulentamente determina la existencia de un delito continuado de estafa»⁷, y no si es un delito patrimonial —que evidentemente lo es—, si el delito de estafa permite apreciar la continuidad delictiva —que lo permite— o si la dinámica propia de las prestaciones admite la continuidad delictiva —que lo admitiría—. O dicho con otras palabras, debemos trasladar la construcción dogmática del delito permanente a la modalidad delictiva de prolongación indebida de disfrute de prestaciones sociales al objeto de conocer si estamos en condiciones de afirmar que esa descripción típica admite y puede tener su encaje en esa categoría.

Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Parte especial, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 554.

⁶ Y decimos prolongar indebidamente el disfrute de prestaciones sociales porque el tipo consigna «la prolongación indebida del mismo» donde inferimos que el vocablo mismo hace alusión al disfrute que es lo que se prolonga indebidamente no la obtención. En este sentido: Ferré Olivé, J.C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 848.

⁷ SAP de Lleida (Sección Primera) núm. 94/2020, de 14 de mayo [JUR 2020252560] (Ponente: Ilmo. Sr. Don Víctor Manuel García Navascués). No obstante, en nuestro caso se trata de un delito continuado de fraude de prestaciones sociales.

3. El criterio de la unidad típica de acción como elemento clarificador para determinar la permanencia de la acción típica

3.1. Consideraciones previas

Todo comportamiento humano se compone de acciones y omisiones, y es misión del Derecho Penal establecer criterios para disgregarlas como unidades de acción o pluralidad de acciones. La doctrina alemana ya trabajó hace años⁸ en la búsqueda de criterios que determinasen «si la conducta típica, ya sea conceptualmente, o al menos fáctica o típicamente, presupone varias acciones únicas»⁹, manejándose desde antaño varias teorías para admitir la unidad típica de acción. Desde las viejas reglas ya abandonadas donde se acudía a datos naturalísticos apoyándose en la continuidad de movimientos fisiológicos, hasta otras más actuales como es la concepción natural de la vida, esto es, valorar cuándo varios movimientos corporales constituyen una sola acción quedaría confiada al punto de vista de la sociedad¹⁰, o aquella —de más amplio consenso— que sostiene que el criterio para valorar como un hecho unitario en Derecho Penal única y exclusivamente puede ser jurídico, es decir, será la interpretación del tipo concreto para decidir la existencia o no de un único delito¹¹: aquello que se ha denominado el criterio de la unidad típica de acción.

Sobre la unidad típica de acción, Sánz Morán declara que con esta denominación hay que referirse a «aquellos supuestos en que la misma descripción típica lleva a la valoración delictiva de hechos que desde un

⁸ Por ejemplo: Goltdammer, T., *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten*, Tomo I, 1851; Schasffstein, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930; Löwe, Ewald, y Roserberg, W., *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen*, 1984; Hruschka, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle zum Allgemeinen Teil*, 1988, citados todos ellos por Jeschek, H. y Weigend T., *Tratado de Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002, p. 764.

⁹ Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 946.

¹⁰ Autores que acuden a este criterio: Schmidhäuser, E., *Strafrecht: Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, 1975, pp. 724 y ss. o Warda, H., *Grundfragen der strafrechtlichen konkurrenzlehre*, Jus 1964, p. 83, citados ambos por Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Rapportor, Barcelona, 10^a edición, 2015, p. 667; Antón Oneca, J., *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 455.

¹¹ Bacigalupo Zapater, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Akal, Madrid, 1990, p. 280; Geerds, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, 1961, pp. 249 y ss., citado por Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General, Op. Cit.*, p. 668; Jeschek, *Tratado de Derecho Penal, Op. Cit.*, p. 766; Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Op. Cit.*, pp. 946 y 947.

punto de vista exclusivamente naturalístico pudieran parecer plurales»¹². También Jeschek aclara sobre este extremo que «la unidad de acción se deriva ya de la propia y simple realización del tipo»¹³. Así pues, como decimos, la correcta interpretación del tipo concreto dispondrá o descartará la unidad de acción.

Resultan pacíficos en la doctrina los supuestos que se presentan como ejemplos de unidad típica de acción: (i) el delito de varios actos, aquel en el que puede fraccionarse el comportamiento típico en varios actos individuales¹⁴, como por ejemplo el robo con violencia o intimidación del 242.1 CP, que requiere el apoderamiento de la cosa y una violencia o intimidación; (ii) el delito permanente el cual, a modo introductorio, podríamos definirlo como aquel que «supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor»¹⁵ (delito de detenciones ilegales del artículo 163 CP); (iii) la realización iterativa del tipo, véase las injurias realizadas por un sujeto en un breve espacio de tiempo; o (iv) la realización progresiva del tipo, esto es, cuando el sujeto consuma el delito pasando por fases anteriores ya punibles (ej.: el homicida que termina por acabar con la vida del sujeto al tercer disparo).

3.2. *El delito permanente como ejemplo de unidad típica de acción*

Centrándonos en el caso que nos ocupa, la peculiar configuración y naturaleza del delito permanente ha ido evolucionando con el paso del tiempo, desde la otrora concepción tradicional en la que el delito permanente era opuesto al delito instantáneo, dado que el delito instantáneo se realiza y agota en un instante y el delito permanente tiende a la prolongación ininterrumpida, hasta posiciones más actuales. Así, de Toledo y Ubieto y Huerta Tocido desecharon esta idea del momento consumativo poniendo el acento en otro elemento para ellos diferencial como era el mantenimiento en el tiempo de la afección al bien jurídico, al afirmar

¹² Sánz Moran, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, p. 115. En este sentido autores como Borja Jiménez, E., «La terminación del delito» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, núm. 1, 1995, p. 155. En contraposición con el criterio de la unidad típica de acción emerge el criterio de la unidad natural de acción. De acuerdo con esta teoría habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero, desde un punto de vista valorativo, resulta ser una única acción a los ojos del autor (Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 279).

¹³ Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 766.

¹⁴ Así lo entienden entre otros: Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 766 y Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, *Op. Cit.*, p. 669.

¹⁵ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, *Op. Cit.*, p. 232.

En sentido semejante otros autores: Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, *Op. Cit.*, p. 766; Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *Op. Cit.*, p. 971.

que el delito permanente supone «una ofensa al bien jurídico en el tiempo —generando una especie de estado antijurídico— hasta tanto que el sujeto activo decide su cesación o se ve compelido a ella»¹⁶.

De algún modo matizan esta idea Cobo Del Rosal y Vives Antón al incorporar a esa necesidad de afección o puesta en peligro del bien jurídico la exigencia de una continuidad en la conducta típica realizada por el agente. Y es que para estos autores es necesario de algún modo aludir a la conducta del individuo, pues para clasificar un delito como permanente no basta con acudir a la naturaleza de su bien jurídico y analizar si éste admite una lesión duradera sino que la permanencia del delito vendrá determinada por la necesaria continuidad de la conducta típica descrita por la norma¹⁷.

Sanz Morán incorpora a la definición de delito permanente un nuevo parámetro: la voluntad del individuo. Defiende este autor que el delito permanente puede caracterizarse por una «persistencia de la situación típicamente antijurídica, del injusto típico en su realización, todo ello debido a la voluntad del agente, que no hace cesar dicho estado de cosas»¹⁸. Y es que de acuerdo con su entendimiento el delito permanente comienza con un comportamiento del individuo que busca la prolongación en el tiempo de la lesión al bien jurídico mediante el sostenimiento de la acción realizada por aquél.

Integrando las anteriores explicaciones Lloria García propone una definición más completa si cabe del delito permanente: «aquellos comportamientos (activos u omisivos) que ponen la creación de un estado antijurídico (de lesión o de peligro) para el bien jurídico protegido que se pueden mantener a lo largo de un periodo de tiempo más o menos dilatado por la voluntad del autor y que termina cuando se levanta dicho

¹⁶ Octavio De Toledo Y Ubieto, E. Y Huerta Tocido, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 162.

En este sentido también autores como Ayala García J.M., «Delito permanente, delito habitual y delito complejo» en *Unidad y pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, febrero 1995, p. 309.

¹⁷ Cobo Del Rosal, M. Y Vives Antón, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 443.

En sentido semejante: Luzón Peña, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 315; Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 280 y 281.

Opinión creemos del todo punto acertada dado que la clasificación de un delito como permanente no puede depender única y exclusivamente de la naturaleza bien jurídico. La naturaleza indestructible del bien jurídico es un elemento más que debemos analizar por ello su naturaleza jurídica no debe ser exclusiva ni excluyente.

¹⁸ Sánz Moran, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Op. Cit., p. 116.

En sentido semejante autores como: Choclán Montalvo, J.A., «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones» en *Unidad y pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, febrero 1995, pp. 353 y 354; Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 766.

estado jurídico»¹⁹. Esa voluntad —continua Lloria García— es lo que resulta determinante para el mantenimiento de la situación antijurídica, mas no alude a la cuestión de si el dolo debe abarcar el proceso de mantenimiento de la situación antijurídica sino que ésta ha de entenderse como la capacidad de control del comportamiento por parte del autor y, por ende, prosigue la autora, como sinónimo de hacer cesar o mantener esa situación²⁰. O dicho esto con otras palabras, que el autor se situé en un estado antijurídico, se mantenga en el mismo y únicamente sea él quien tenga la posibilidad de cesar esa situación ilícita y no lo haga²¹. Y es que es la propia voluntad del autor la que produce el mantenimiento del injusto típico y es él quien posee la capacidad de hacer cesar voluntariamente la continuación de la lesión del bien jurídico.

Aclarados los elementos definidores de los delitos permanentes: (i) un bien jurídico con naturaleza comprimible, susceptible de mantener un estado antijurídico, (ii) un comportamiento típico dilatado en el tiempo descrito por la norma y (iii) una voluntad de mantenimiento por parte del agente, nos corresponde trasladar la construcción del delito permanente a la modalidad delictiva de prolongación indebida de disfrute de prestaciones del 307 ter CP con el objetivo de discernir si es posible defender que esta actividad típica puede configurarse en esta categoría de delito.

4. traslado de la construcción dogmática de los delitos permanentes a la descripción típica de prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales

4.1. Bien jurídico de naturaleza comprimible

Como decimos, para cumplir el objetivo de conocer si puede ser reputado como un delito permanente la modalidad delictiva de prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales debemos detenernos

¹⁹ Lloria García, P., *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006, p. 39.

En sentido semejante otros autores: Jeschek, *Tratado de Derecho Penal*, Op. Cit., p. 766.; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Op. Cit., p. 232; Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Op. Cit., p. 971.

²⁰ Lloria García, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Op. Cit., p. 38. En este sentido, entre otras, la STS de la Sala Segunda núm. 249/2008, de 20 de mayo [RJ 20084387] (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez) donde se afirma que esta categoría de delito «implica que la lesión del bien jurídico se prolonga y mantiene por la voluntad del autor. La permanencia en la lesividad realiza por sí sola el tipo, de suerte que el delito se sigue consumando hasta que el autor decide abandonar la situación antijurídica».

²¹ Caruso Fontán, M.V., *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 22.

primeramente en la naturaleza del bien jurídico protegido del delito, al objeto de conocer si aquél posee una cualidad elástica que le permita que su perturbación se mantenga en tanto perdura la situación antijurídica sin que éste se destruya²², recuperando, una vez cesa la lesión, su estado anterior. Y es que si, como aludíamos *supra*, el delito permanente mantiene durante un periodo prolongado la afección al bien jurídico, resulta imprescindible que el bien jurídico no quede destruido por la acción del agente, puesto que de lo contrario no sería posible el mantenimiento del estado antijurídico inherente al delito permanente. Por ello, bienes jurídicos como la vida —por ejemplo, en el delito de homicidio (art. 138 CP)— no permiten *a priori* servir de base para ser reputados aquéllos como delitos permanentes.

Así las cosas, definir en este delito el bien jurídico tutelado por la norma ha sido y es sumamente controvertido. Existen dos posiciones confrontadas fundamentalmente: (i) la tesis de orientación patrimonialista que se apoya, entre otros motivos²³, en el tenor literal de la norma para señalar al patrimonio de la Seguridad Social como objeto de tutela por el tipo penal, dado que al exigir el injusto la causación de un efectivo «perjuicio contra la Administración Pública» se hace hincapié en la necesidad de causar un resultado lesivo cuantificable económicamente que, para el patrimonio de la Seguridad Social, suponen esas conductas defraudatorias de prestaciones llevadas a cabo por los contribuyentes; (ii) la tesis funcionalista, que parte de la idea de considerar a la Seguridad Social como un ente dinámico, una entidad pública cuyo proceso de recaudación de ingresos y realización de gasto público merece ser objeto

²² Entre los autores que reconocen la necesidad de que el bien jurídico sea comprimible y no destructible para que pueda hablarse de permanencia: Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte General*, *Op. Cit.*, p. 280. Existe algún autor crítico con la utilización de este criterio para la reputación como permanente de un injusto, por ejemplo: Pecoraro-Albani quien se muestra receloso de la utilización del criterio del bien jurídico en los delitos permanentes, pues supone dejar en manos del intérprete de la parte especial la determinación de la permanencia en Pecoraro-Albani, A., «Del reato permanente», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 2, abril-junio 1960, p. 396, citado por Lloria García, *Aproximación al estudio del delito permanente*, *Op. Cit.*, p. 64. Fundamento comprensible de todo punto: utilizar únicamente el criterio del bien jurídico supone dejar al arbitrio de cualquier autor la determinación de un delito como permanente, es por ello que nosotros pese a que nosotros utilizamos este criterio lo consideramos insuficiente *per se* para acoger o desechar una posición.

²³ Para más en profundidad ver entre el gran número de autores que la propugnan, por ejemplo: Bustos Rubio, M., «Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social» en *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Gómez Pavón, P. / Bustos Rubio, M. / Pavón Herradón, D.), Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 410; Nieto Martín, A., «Lección XIV. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando» en Gómez Rivero, M. C. (Dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2015, p. 340; Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 738. También la Sala Segunda se posiciona en favor de esta tesis: STS núm. 355/2020, de 26 de junio [JUR 2020:207187] (Ponente: Excma. Sra. Doña Ana María Ferrer García).

de tutela, en este caso el tipo penal tutelaría la función de la vía del gasto de la Seguridad Social en general y en particular la función desempeñada por las prestaciones sociales como objeto de protección²⁴, lo cual tiene su fundamento en el artículo 41 de la Constitución Española²⁵; y (iii) una posición ecléctica, quizás minoritaria²⁶, donde nosotros nos situamos, que apuesta por defender que de forma mediata se afecta al sistema de la Seguridad Social como mecanismo de realización del gasto social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Carta Magna, pero que al no cumplir con la exigencia de causar «un perjuicio a la Administración Pública» no permitía nuestro posicionamiento en favor de una tesis funcionalista pura, defendiendo que el tipo se adecua como un tipo de lesión que se asienta sobre el efectivo resultado lesivo producido al erario público, por ende, constatamos la existencia de un bien jurídico inmediato: el patrimonio de la Seguridad Social.

Pues bien, ese bien jurídico inmediato que nosotros hemos identificado con el patrimonio de la Seguridad Social no queda destruido o menoscabado por la acción del agente pues ese patrimonio público, con los caracteres que le son inherentes, soporta una afección constante y homogénea durante el mantenimiento de la situación antijurídica, es por ello que lo consideramos de naturaleza extensible o comprimible, es decir, es de naturaleza elástica porque volvería a su estado natural una vez concluida la afección al bien jurídico. Pero es que, a mayor abundamiento, si adoptáramos una posición funcionalista pura respecto al bien jurídico y consideráramos que el bien jurídico fuera el sistema de la Seguridad Social como mecanismo de realización del gasto social tampoco se vería

²⁴ De los muchos autores que acogen posiciones funcionalistas en este delito valgan como por ejemplo: De Vicente Martínez, R., «El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de Seguridad Social en la reforma del Código Penal» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 853/2012, p. 2; Dolz Lago, M. J., «Los delitos contra la Seguridad Social: perspectivas jurisprudenciales» en *Diario La Ley*, núm. 9036, septiembre, 2017; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 960.

²⁵ «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

²⁶ Autores que se sitúan bajo esta doctrina: Ollé Sesé, M., «Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social» en *La Ley Penal*, nº 144, mayo-junio, 2020, p. 3; Gallego Soler, J.I. quien defiende que el bien jurídico protegido directamente es el patrimonio de la Seguridad Social y mediataamente las prestaciones de los ciudadanos en: «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» en Corcoy Bidasolo, M. L. y Mir Puig, S. (directores): *Comentarios al Código Penal. Reforma 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1069. Asimismo, Chazarra Quinto, M.A. respecto al fraude de cotizaciones del 305 CP al afirmar «desde la perspectiva de los delitos contra la Seguridad Social se puede distinguir entre la tutela mediata de las funciones de las cotizaciones [en nuestro caso las prestaciones] y las más específica y directa necesidad de proteger el interés particular de salvaguarda del patrimonio de la Seguridad Social» en *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 179.

puesto en peligro de tal modo que fuera imposible su recuperación. Y ello por cuanto, no se va a destruir o menoscabar, o siquiera poner en peligro, ese bien jurídico por muy dilatado en el tiempo que fuera el mantenimiento del estado antijurídico de prolongación indebida del disfrute de la prestación llevada a cabo por un individuo dado el volumen y la magnitud del bien jurídico en este caso. Esa flexibilidad que es inherente al patrimonio público de recuperar su estado al cesar la perturbación nos permite aventurarnos con mucha cautela que esta modalidad delictiva puede ser reputada como un delito permanente.

Dicho lo cual, podría fundamentársenos que el patrimonio no es susceptible de comprensión pues no posee naturaleza elástica y no puede recuperar su estado anterior tras el cese de un ataque antijurídico. Creemos que no tiene demasiado recorrido ese razonamiento. En primer lugar porque ya hemos afirmado que la naturaleza del bien jurídico no es suficiente por sí misma para incluir un delito en la categoría de delito permanente, por ende si por sí mismo no es suficiente para incluir a un delito en esta categoría tampoco puede utilizarse como criterio excluyente para reputarle tal posibilidad. Pero es que, a mayor abundamiento, no es el patrimonio el bien jurídico tutelado por la norma del 307 ter CP, sino el patrimonio público y la naturaleza intrínseca de ese patrimonio público le permite constreñirse de tal forma que jamás será destruido por más situaciones antijurídicas a las que se vea sometido, perjuicios le causen o situaciones de puestas en peligro le produzcan, pues siempre volverá a su estado primitivo a la perturbación cuando cese la situación antijurídica, lo cual no ocurre con el patrimonio privado que sí puede destruirse sin volver a su estado original. Es por ello que el patrimonio privado puede no permitir el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo, no así el patrimonio público que es indestructible²⁷.

No obstante ello, ya decíamos que no basta para reconocer un delito como permanente acudir a la naturaleza del bien jurídico sino que hay que tomar también en consideración la conducta típica desarrollada por el sujeto activo al objeto de conocer si la norma permite un comportamiento dilatado en el tiempo. Y es que no basta que el bien jurídico sea susceptible de ser lesionado durante el transcurso del tiempo sin que sea destruido o menoscabado por la acción del agente, sino que deberemos acudir a la conducta típica desplegada por el sujeto para poder configurar un delito como permanente.

²⁷ En relación con este extremo, otros delitos cuyo bien jurídico es el patrimonio en alguna de sus formas han sido reputados como delitos permanentes, véase por ejemplo el delito de defraudación de fluido eléctrico y análogos (255 CP), valga por todas la SAP de la Sección Primera de Las Palmas núm. 62/2020, de 26 de febrero [JUR 2020/137232] (Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Ángel Parramon i Bregolat). De esa forma, si el patrimonio de una gran cooperación eléctrica puede no ser destruido y puede ser susceptible de mantenimiento de la acción típica con mayor motivo el patrimonio de un ente público como es el de la Tesorería General de la Seguridad Social.

4.2. *Comportamiento típico dilatado en el tiempo descrito por la norma*

Efectivamente es el verbo típico el que nos va indicar si la acción prohibida es susceptible o no de prolongación de tiempo, y de su correcta interpretación derivará la posibilidad o no de que se clasifique como permanente²⁸. Y es que los delitos permanentes deben contener verbos típicos que faculten conductas que sean susceptibles de ser mantenidas en el tiempo²⁹. Por ejemplo, verbos típicos como «encerrar» o «detener» contenidos en el delito de detención ilegal (caracterizado tradicionalmente como delito permanente) del 163 CP, revelan una evidente posibilidad de que la acción se prolongue en el tiempo, u «ocupar» la morada ajena (245.2 CP), son verbos dinámicos que no se agotan en un instante necesariamente, manteniéndose de forma homogénea y continuada en el tiempo.

Pues bien, el verbo típico de esta modalidad delictiva de prolongación indebida de disfrute de prestaciones sociales es «prolongar». Semánticamente hablando, prolongar es «alargar, dilatar algo a lo largo» o «hacer que dure algo más tiempo de lo regular»³⁰. Atendiendo a una interpretación gramatical del tenor literal del precepto, podemos apreciar que prolongar indebidamente el disfrute de una prestación es hacer que ese disfrute se prolongue *sine die* en el tiempo más allá de lo reconocido. Es por ello que esta descripción del comportamiento, el verbo típico «prolongar», autoriza la permanencia indefinida de la conducta típica, pues esta formulación típica naturalísticamente refleja una acción que se alarga, se dilata o se extiende durante un lapso temporal, es decir, que no agota su sentido en un instante necesariamente sino que permite una afición sostenida del bien jurídico, luego no existe un momento consumativo sino un estado de consumación.

Así las cosas, el verbo típico «prolongar» aparece en otros delitos de nuestro Código Penal³¹ calificados todos ellos como delitos permanentes, luego realizando un simple paralelismo entre aquellas conductas delictivas que prevén el verbo «prolongar» como modalidad típica y su reputación como delitos permanentes, puede inferirse que la modalidad típica de prolongación del disfrute de prestaciones sociales puede fundamentarse y reputarse como una modalidad de delito permanente, sin necesidad de acudir a deformaciones del lenguaje como es «la obtención permanente de prestaciones» utilizadas para fundamentar una condena por un delito continuado.

²⁸ Lloria García, *Aproximación al estudio del delito permanente*, *Op. Cit.*, p. 64.

²⁹ *Ibidem*, p. 84.

³⁰ Definiciones contenidas en la primera y segunda acepción del diccionario de la RAE: <https://dle.rae.es/prolongar> (última revisión: 28 de junio de 2022).

³¹ Valgan como ejemplos los arts. 167.2 CP, 530 CP o 531 CP.

Por otra parte, otro argumento que sostendría esta posición sería que la acción de «prolongar» autoriza la permanencia de la situación antijurídica aunque no la exija. Es decir, que la descripción típica autorice la permanencia no significa que su ejecución necesariamente haya de ser duradera. O dicho con otras palabras, el tipo penal no prevé una prolongación mínima para entenderse prorrogada indebidamente el disfrute de prestaciones. De esa forma, si atendemos a los tipos que tradicionalmente se consideran permanentes observamos como el legislador no establece un plazo mínimo de duración temporal del delito, sino que la sanción se agrava en la medida en que la situación jurídica se prolonga³².

De ese modo acontece en el 307 ter CP: existe un límite cuantitativo que separa el delito base de la modalidad agravada: cuando se superen los cincuenta mil euros (50.000 €), sin establecer un lapsus temporal de duración mínima del delito³³. Si la situación antijurídica de disfrute de prestaciones sociales se prolongara hasta superar dicha cuantía nos situaríamos en el marco penológico superior al delito base, pero el legislador no establece un plazo mínimo de durabilidad del delito, así que autoriza la permanencia de la situación antijurídica sin exigir una duración concreta para entender consumado el delito; extremo que dependerá de la voluntad del sujeto.

4.3. Voluntad de mantenimiento por parte del agente

Ya afirmamos al conceptuar la figura del delito permanente que la voluntad del sujeto es un elemento esencial en el diseño del delito permanente. Efectivamente, el sujeto activo ha hecho nacer el estado antijurídico mediante la realización típica y dado que el verbo escogido por el legislador («prolongar») autoriza la prolongación de la acción, el mantenimiento o la cesación de la situación antijurídica depende de la voluntad del sujeto.

Es esa voluntad del sujeto determinante para el mantenimiento de la situación antijurídica, pues es esa voluntad la que contribuye al mantenimiento en el tiempo, de forma ininterrumpida, la lesión al bien jurídico porque el tipo lo permite, aunque quepa la posibilidad de obligar al sujeto a realizar acciones diferentes que contribuyan al mantenimiento de la situación sin que ello suponga la existencia de tantos delitos como actos positivos se realicen para prolongar la situación ilícita³⁴.

³² Por ejemplo, como ocurre en el delito de detenciones ilegales *ex 163.3 CP* que impone la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro ha durado más de quince días.

³³ Como también acontece en el delito de fraude a la Hacienda Pública que, a efectos de determinación de la cuantía, configura unos límites en períodos impositivos o declaraciones (305.2 CP).

³⁴ Lloria García, *Aproximación al estudio del delito permanente*, *Op. Cit.*, p. 120.

Por ejemplo, A encierra a B por la fuerza en una casa aislada en mitad del monte y un día a la semana le deja salir de la casa para deambular libremente durante 1 hora al día para estirar las piernas, y una vez acabada esa hora le vuelve a encerrar, ¿podemos entender que existen tantos encierros típicos como veces le ha encerrado A a B? Todo el mundo respondería que no, que sólo existe un delito porque pese a que existen distintos actos positivos que encajan en la estructura del delito la afectación al bien jurídico se ha mantenido en el tiempo. Y todo ello porque se entiende que la conducta es única («detener», «encerrar») prolongándose en el tiempo la lesión al bien jurídico por voluntad del autor³⁵.

Trasladado ese ejemplo a nuestro caso: A es preceptor de una prestación por desempleo por parte de la Seguridad Social al encontrarse en una situación de búsqueda activa de empleo. Durante la percepción de esa prestación, A comienza a trabajar sin ser dado de alta en la Seguridad Social y sin poner en conocimiento de este organismo tal circunstancia, de tal forma que la Seguridad Social prolonga la prestación por desempleo mensualmente tal y como venía haciendo. A se encuentra en esta situación antijurídica durante 1 año. ¿Hay tantas prolongaciones típicas como mensualidades? Ciertamente no. Y todo ello porque se entiende que la conducta es única: «prolongar», no agotándose en un instante sino que se prolonga en el tiempo aunque se integre por una pluralidad de actuaciones. Y es que pese a que el sujeto realiza una multiplicidad de actos positivos que encajan con la descripción típica de «prolongar», sólo hay un delito porque la lesión al bien jurídico del patrimonio ha sufrido un único ataque homogéneo prolongado en el tiempo y existe un único acto de voluntad; cierto es que el mantenimiento de la situación antijurídica agrava el ataque al bien jurídico pero ello no autoriza a defender que existen tantos delitos como prolongaciones hubiera. Del mismo modo que no existen tantos delitos de detenciones ilegales por días o meses en los que un individuo encierra a otro.

Y ello por cuanto la conducta del sujeto activo es única: prolongar, aunque se integre en pluralidad de acciones. Así las cosas, A se encuentra en una situación antijurídica desde el momento que el primer mes consuma la primera prolongación sin que tuviera derecho a ello, y cuando en los meses posteriores la Seguridad Social ingresa la prestación A continua en la idéntica situación antijurídica en que se encontraba en el primer mes que prolongó indebidamente por su voluntad, luego a pesar de que las prolongaciones posteriores sean actos positivos subsumibles en la modalidad de prolongación indebida de disfrute de prestaciones sociales la situación antijurídica se mantiene desde la primera prolongación indebida sin cambiar sustancialmente su posición, por lo que la lesión al bien jurídico sufre un único ataque prolongado en el tiempo; por ende no podemos afirmar que existan tantos delitos como actos se ejecutan.

³⁵ Ejemplo expuesto *ibidem*.

Todo ello es debido a que la conducta es única («prolongar»), lo cual obedece a una manifestación de la voluntad, aunque se integre por una pluralidad de actuaciones que lo único que producen es una intensificación del contenido del injusto. Pero ese incremento es simplemente cuantitativo (el importe total del fraude cometido), porque lo que debería ser interrumpida es la afección al bien jurídico para que existieran varios delitos, lo cual no se produce al mantenerse la situación antijurídica en el tiempo de acuerdo con el verbo típico, y por voluntad del sujeto, con independencia de que se integre por uno o varios actos.

5. Conclusiones

Habida cuenta de cuanto antecede, no podemos acoger ninguna de las teorías que propugnaban las resoluciones de las Audiencias Provinciales y del Alto Tribunal que condenaban por un delito continuado la prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales porque (i) el delito de estafa permitía apreciar la continuidad delictiva, y comoquiera que la estructura tradicional de este injusto fue sobre la que se construyó el delito de fraude de prestaciones sociales, pues cabría la condena por un delito continuado; (ii) ni porque la obtención indebida de prestaciones realizada de forma permanente supone una condena por un delito continuado porque ello supondría un desplazamiento de la modalidad típica de prolongación dejándola vacía de contenido; (iii) como tampoco que al ser un delito patrimonial puede apreciarse *per se* la continuidad delictiva; (iv) ni porque la dinámica del disfrute de las prestaciones se produzca en la mayoría de ocasiones de forma mensual ello supusiera una «obtención permanente»; muy al contrario, debe realizarse un estudio pormenorizado con arreglo al sentido del tipo legal en general, y al verbo típico de prolongar en particular, y trasladar la construcción dogmática de los delitos permanentes a la descripción típica de prolongación indebida del disfrute de prestaciones sociales para saber si aquélla puede aplicarse a esa modalidad típica.

Para lo cual hemos analizado (i) la naturaleza del bien jurídico protegido del delito, al objeto de conocer si aquél posee una cualidad elástica que le permita que su perturbación se mantenga en tanto perdura la situación antijurídica sin que éste se destruya; (ii) que el verbo típico faculte conductas que sean susceptibles de ser mantenidas en el tiempo; y (iii) que sea la voluntad de mantenimiento por parte del agente el elemento indispensable en el cese o continuación de la situación antijurídica.

A partir del análisis llevado a cabo a lo largo de este trabajo hemos constatado que:

- (i) el bien jurídico identificado en el 307 ter CP no es susceptible de ser totalmente destruido o menoscabado por la acción del agente, pues ese patrimonio público con los caracteres que le son

- inherentes le permite constreñirse de tal modo que una afección constante y homogénea durante el mantenimiento de la prolongación indebida no supone su absoluta destrucción;
- (ii) la modalidad típica de «la prolongación indebida del mismo», y más concretamente el verbo típico «prolongar», permite el mantenimiento de la conducta antijurídica en el tiempo con el consiguiente sostenimiento de la afección al bien jurídico;
 - (iii) pese a la posible existencia de acciones positivas de prolongación, éstas no son más que el mantenimiento de la situación antijurídica, pues la voluntad del sujeto de continuar con la realización del injusto deriva en el sostenimiento voluntario del comportamiento típico durante el tiempo que se despliega la situación antijurídica;
 - (iv) reputándose, por ende, a esta modalidad típica como un delito permanente en tanto el comportamiento típico de prolongación indebida de prestaciones realizado por el individuo guarda cierta uniformidad, constituyéndose en una suerte de una única realización típica de prolongación mantenida en el tiempo;
 - (v) no pudiéndose apreciar la continuidad delictiva en esta modalidad de prolongación *ex artículo 74 CP* como así ha realizado la jurisprudencia a la que aludíamos *supra*, toda vez que su reputación como delito permanente desplaza a la posibilidad de condenar estos hechos como un delito continuado.

Por ende, somos de la opinión de clasificar a la modalidad delictiva de prolongación indebida del disfrute de prestaciones como un delito permanente, desecharlo de todo punto la posibilidad de poder considerar penar los diferentes actos positivos de prolongación como un delito continuado, con todo lo que aquello conlleva.

6. Bibliografía

- Antón Oneca, José, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Akal, Madrid, 1990.
- Borja Jiménez, Emiliano, «La terminación del delito» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 48, núm. 1, 1995.
- Bustos Rubio, Miguel, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal» en *Revista Penal*, nº 35, 2015.

- Bustos Rubio, Miguel, «El delito de fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter CP)» en AA.VV. *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.
- «Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social» en *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Gómez Pavón, Pilar / Bustos Rubio, Miguel / Pavón Herradón, David), Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- Caruso Fontán, María Viviana, *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Cobo Del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 5^a edición, 1999.
- Coca Vila, Ivo, «Protección de las haciendas públicas y la seguridad social» en AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020.
- Chazarra Quinto, María Asunción, *Delitos contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- Choclán Montalvo, José Antonio, «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones» en *Unidad y pluralidad de delitos. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- De Vicente Martínez, Rosario, «El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de Seguridad Social en la reforma del Código Penal» en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 853/2012, 2012.
- Díaz Morgado, Celia, «Delitos tributarios y contra la Seguridad Social» en AA.VV. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Parte especial*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2^o edición, 2020.
- Dolz Lago, Manuel Jesús, «Los delitos contra la Seguridad Social: perspectivas jurisprudenciales» en *Diario La Ley*, núm. 9036, 2017.
- Ferré Olivé, Juan Carlos, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Gallego Soler, José Ignacio, «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» en Corcoy Bidasolo, María Luisa y Mir Puig Santiago (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Jeschek, Hans y Weigend Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Comares, Granada, 2002.
- Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Comares, Granada, 2006.

- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Rappertor, Barcelona, 10^a edición, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Nieto Martín, Adán, «Lección XIV. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando» en Gómez Rivero, María del Carmen (Directora), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2015.
- Octavio De Toledo Y Ubieto, Emilio y Huerta Tocido, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 2^a edición, 1986.
- Ollé Sesé, Manuel, «Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social» en *La Ley Penal*, nº 144, 2020.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- Sáinz Moran, Ángel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.

