

41

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

LET'S PROVIDE ET PRO

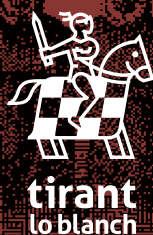
Revista

Enero 2018

41

Revista Penal

Enero 2018



Penal

Revista Penal

Número 41

Sumario

Doctrina:

– Estado y futuro del Derecho Penal Comparado, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Prevención y control de los medios de financiación del terrorismo como estrategia político-criminal, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	27
– Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP), por <i>Sergio Cámara Arroyo</i>	47
– Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el Ordenamiento penal español, por <i>Alberto Daunis Rodríguez</i>	73
– El protagonismo de los discípulos de Liszt luego de 1919. Proyecciones reales e hipotéticas de la obra de Liszt entre 1920 y 1945, por <i>Carlos Elbert</i>	91
– Análisis comparado de la intervención penal peruana y española ante la lacra de la siniestralidad laboral: el objeto de protección, por <i>Rosa M^a Gallardo García</i>	104
– Derecho Penal, obligaciones internacionales y justicia de transición, por <i>Elena Maculan</i>	117
– La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas, por <i>Silvia Mendoza Calderón</i>	136
– Expolio de bienes culturales y protección penal internacional, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	153
– ¿Puede cumplir la responsabilidad civil ex delicto una función preventiva frente a la delincuencia relacionada a la corrupción pública? Reflexiones desde el sistema penal paraguayo, por <i>Pablo Andrés Rojas Pichler</i>	181
– Crisis bancarias y Derecho penal económico: entre la necesidad de tutela del ahorro y la autonomía del mercado. Aspectos problemáticos e ideas de reforma, por <i>Pietro Sabella</i>	200
– Pruebas ilícitas en el proceso penal polaco, por <i>Blanka Julita Stefńska</i>	214
Sistemas penales comparados: Terrorismo (terrorism)	226



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 Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

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

Jasmin Bertlings (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Sofía Lascano (Uruguay)
Ludovico Bin (Italia)	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.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf



Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter C.P.)

Sergio Cámara Arroyo

Revista Penal, n.º 41. - Enero 2018

Ficha técnica

Autor: Sergio Cámara Arroyo

Title: Between class Criminal Law and punitive expansion: the crime of improper obtaining of benefits (art. 307 ter, spanish penal code)

Adscripción institucional: Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología. Universidad Internacional de La Rioja.

Sumario: I. Introducción: delitos contra la Seguridad Social y expansionismo punitivo. II. Delitos contra la Seguridad Social y Derecho Penal de clase. III. Aspectos críticos sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social; IV. Art. 307 ter CP.: delito de obtención indebida de prestaciones.

Resumen: La LO 7/2012 reformó los delitos contra la Seguridad Social como parte de un programa a nivel nacional de lucha contra el fraude en materia recaudatoria, en un momento de crisis económica en el que existía una gran cifra de economía sumergida. Además de endurecer la regulación, rebajando el umbral de punición de los 120.000 € a los 50.000 €, la reforma incorporó el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP). El objeto de este trabajo es ahondar en el análisis de estos ilícitos desde una perspectiva crítica, poniendo de manifiesto las deficiencias técnicas en su confección que derivan en un expansionismo punitivo exacerbado. Por otra parte, tras la nueva regulación de los delitos contra la Seguridad Social se evidencian importantes desigualdades en el castigo de los delincuentes si son empresarios o pertenecen a la clase trabajadora. Buena parte de este estudio pretende denunciar tales desequilibrios a partir del concepto de Derecho penal de clase social.

Palabras clave: Seguridad Social, defraudaciones, Criminología crítica, prestaciones, Derecho penal de clase.

Abstract: LO 7/2012 reformed the offenses against Social Security as part of a national program to fight against tax fraud, at a time of economic crisis in which there was a large number of submerged economies. In addition to tightening regulation, lowering the penalty threshold from € 120,000 to € 50,000, the reform incorporated the crime of improper procurement of benefits (Article 307 ter CP). The purpose of this paper is to delve into the analysis of these crimes from a critical perspective, highlighting the technical deficiencies in their preparation that result in an exacerbated punitive expansionism. On the other hand, after the new regulation of crimes against Social Security there are significant inequalities in the punishment of criminals if they are entrepreneurs or belong to the working class. Much of this study aims to denounce such imbalances from the concept of criminal law of social class.

Key words: Social Security, fraud, critical Criminology, benefits, criminal class law.

Rec: 11-12-2017 **Fav:** 14-12-2017

I. INTRODUCCIÓN: DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL Y EXPANSIONISMO PUNITIVO

El delito contra la Seguridad Social es uno de los grandes olvidados del academicismo penal¹. Siempre a la sombra del delito contra la Hacienda Pública², del que toma gran parte de su estructura³, ha merecido un estudio más discreto y, en líneas generales⁴, poco específico⁵. No obstante, en los últimos años el denominado Derecho penal económico y el concepto de corrupción han copado los medios de comunicación y, así, recla-

mado la atención de legos y especialistas en el ámbito punitivo.

Fruto de este renovado interés, el legislador penal decidió reformar su regulación⁶ mediante la *Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*⁷ (en adelante, LO 7/2012) como parte de un programa más general de lucha contra el fraude en materia recaudatoria⁸, en un momento de crisis económica aguda en la que la

1 De hecho, durante un periodo de tiempo las conductas aquí estudiadas fueron consideradas atípicas o reconducibles a los delitos de estafa o apropiación indebida, forzando el sentido de ambos delitos; Vid. AYALA GÓMEZ, I.: "Observaciones críticas sobre el delito social", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 6, 1983, p. 43; QUINTERO OLIVARES, G.: "Delitos contra los intereses generales o derechos sociales", en la misma publicación precitada. Al respecto, Vid. MORENO MÁRQUEZ, A.M.: "Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código penal", en *Temas Laborales*, Nº 37, 1996, p. 33.

2 Vid. VALLE MUÑOZ, J.M.: "La criminalización del fraude a la Seguridad Social", en SORIANO SORIANO, J.R. (Dir.): Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1996, p. 176, llegaba a afirmar que "parece condenado al fracaso todo intento de exégesis a espaldas de la regulación legal y del arsenal interpretativo, doctrinal y jurisprudencial, ya existente sobre los delitos contra la Hacienda Pública". Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 671, habla de una "identidad material y formal" entre ambos delitos. En contra, considerando independientes en el análisis ambos tipos penales, PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGINA, J.R.: "El delito..." *ob. cit.*, p. 194.

3 Cuestión reconocida y asimilada por la jurisprudencia: SAP Tarragona 38/2005, de 10 de enero, que habla de "intensos trazos de homogeneidad"; mientras que la SAP Málaga 635/2012, de 19 de octubre, indica que son "preceptos sin duda paralelos y análogos que también tienen en común consideraciones doctrinales y jurisprudenciales". Baste con echar un vistazo a los títulos de las principales monografías sobre esta temática para ver que en la mayor parte de los casos nos encontramos con un tratamiento conjunto de ambos delitos.

4 De las que hay que excepcionar loables obras doctrinales que constituirán un fructífero bagaje dogmático para este trabajo, tales como: DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Delitos contra la Seguridad Social. Praxis, Barcelona, 1991; la misma autora: Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal de la democracia. Ibídem, Madrid, 1996, quien verdaderamente es la autora que insufla espíritu a la reforma de 1995, tal y como expresa su maestro de tesis ARROYO ZAPATERO en el Prólogo de este segundo libro sobre la temática (p. 10); y también: "Derecho penal de la Seguridad Social", en *Revista de Derecho Social*, Nº 3, 1998; "Defraudación a la Seguridad Social", en BOIX REIG, J. (Dir.), LLORIA GARCÍA, P. (Coord.): Diccionario de Derecho penal económico. Iustel, Madrid, 2008; y, por último: "Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social", en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.) y MAROTO CALATAYUD, M. (Coord.): Crisis financiera y Derecho penal económico. B de F, Madrid, 2014; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Tecnos, Madrid, 1995; VALLE MUÑOZ, J.M.: "La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código penal", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, Fascículo III, 1995; MADRID YAGÜE, P.: "La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 91, 1998; BRANDARÍZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; CHARRAZA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal y criterios jurisprudenciales. Práctica de Derecho, Valencia, 2002; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Bosch, Barcelona, 2008; ABASCAL JUNQUERA, A.: "Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre", en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, Nº 71, 2013; IGLESIAS RÍO, M.A.: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; TERRADILLOS BASOCO, J.: "Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; BUSTOS RUBIO, M.: La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

5 Sin embargo, a pesar de las similitudes existía la necesidad de especificar la conducta delictiva, Vid. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública... *ob. cit.*, p. 80.

6 Sobre los antecedentes de la protección penal de la Seguridad Social en la legislación anterior al CP 1995, Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 85 y ss.

7 BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, pp. 88050-88063.

8 Plan de lucha contra el fraude, contra el empleo irregular y el fraude contra la Seguridad Social, 2012-2013. El por aquél entonces Ministro de Justicia, RUIZ GALLARDÓN, explicaba en estos términos la defensa de esta reforma: "Se trata en definitiva de hacer más difícil el fraude; se trata, señorías, de endurecer el reproche penal que merece este tipo de conductas; se trata de dar efectividad a

economía sumergida en España podía alcanzar hasta el 30% del PIB⁹.

En términos generales, la nueva regulación supuso un endurecimiento de la norma¹⁰. La LO 7/2012 incidió fundamentalmente en dos cuestiones, mediante una “doble reforma”¹¹:

a) Se disminuyó el umbral de relevancia jurídico-penal, que pasó de los anteriores 120.000 € a los 50.000 € actuales.

b) De forma análoga al resto de los delitos tributarios, no es posible construir el delito a partir de la suma de cantidades defraudadas en diversos periodos impositivos cuando ninguna de las cantidades sería en sí misma delictiva, superior a los 50.000 €. Se establece, sin embargo, que para determinar la cuantía defraudada, se estará al importe total defraudado durante 4 años naturales (art. 307.2 CP).

c) Se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico-penal el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP).

Sin embargo, no debe obviarse que detrás de tan loables intenciones se esconde la consabida expansión del Derecho penal, que SILVA SÁNCHEZ puso sobre el tapete en su tan celebrada y citada obra doctrinal.

En concreto, sobre la temática aquí tratada, el autor citado hacía hincapié en la progresiva “administrativización” del Derecho penal de nuevo cuño “en la inclusión entre sus objetos de protección de la actividad administrativa en sí misma considerada”¹². Así, “se trata de establecer unos indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos, ya por una acción aislada ya, en todo caso, por la acumulación de las con-

ductas de quienes operan en un determinado sector de actividad. Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuestos de la aplicación de aquellas de sus sanciones que no se hallan vinculadas a peligros reales (ni abstractos ni concretos), sino a peligros presuntos o formales”, advirtiéndose, además, que “es en este punto en el que se sitúa toda la tendencia del Derecho penal a tipificar las afectaciones de los llamados ‘bienes con función representativa’”. Debe subrayarse que la doctrina que trata de fundamentar la legitimidad de sancionar penalmente tales ilícitos admite explícitamente que en estos supuestos no es posible exigir la presencia en todo caso de una lesión ni de un peligro para el bien colectivo (bien representado), sino que tales lesiones y peligros sólo resultarían de una repetición o acumulación de conductas procedentes de sujetos diversos. De modo que lo lesionado es sólo el bien “representante”, pero no puede dejar de suscitarse la pregunta acerca de qué bien es éste (que no es ni individual, ni colectivo). (...) Por tanto, la cuestión de la legitimidad de la protección de los bienes con función representativa no es otra que la de la legitimación de la represión de conductas que ni lesionan ni ponen en peligro por sí solas bienes jurídicos individuales ni colectivos”¹³.

Y ello interesa en esta introducción para no dejar pasar la ocasión de recordar que, entre los efectos negativos de tal *vis* expansionista, se encuentra el uso indiscriminado de la norma punitiva para tratar de solucionar aquellos problemas que dependen, en realidad, de una firme voluntad política en otras áreas que nada tienen que ver con el castigo de los delitos, sino en su prevención.

los mecanismos de cobro, de impedir que un ciudadano pueda engañar a otro ciudadano o, si lo prefieren, de asegurarnos que tenemos instrumentos precisos para hacer efectiva la solidaridad, esa solidaridad que, como tantos mandatos de nuestra Constitución —en este caso en el artículo 31, al establecer que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo—, necesita de instrumentos que articulen efectivamente poder alcanzar este logro (...) con esta norma de lo que se trata es de proteger al trabajador. Queremos proteger al trabajador que ve burlado su derecho a una prestación en el futuro o queremos proteger al trabajador que simplemente se ve explotado en condiciones inhumanas por organizaciones criminales. Pensamos, por ejemplo, en la gran cantidad de actuaciones en inspección de trabajo en locales en los que se hallan verdaderas mafias de trata de mujeres, a las que se les somete a todo tipo de explotación, aprovechando naturalmente su situación irregular en España.”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, Nº 69, 30 de octubre de 2012, pp. 9 y 11 respectivamente. Y continua con el argumento en p. 18: “no un castigo a las conductas de los trabajadores sino una protección a los trabajadores de las conductas de aquellos empleadores que de forma sistemática, para enriquecerse, han estado abusando de todos y cada uno de sus derechos; han estado explotándoles, especialmente a las mujeres; han estado utilizando su situación de irregularidad en España para impedir que se abriesen procedimientos de inspección y sancionadores. Y eso, que este Gobierno lo introduce por vía penal porque no se conforma con un reproche administrativo, resulta que es objeto de crítica por parte de la izquierda”.

9 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 29.

10 Vid. SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A.: “La reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho UNED*, Nº 14, 2014, p. 566.

11 Vid. AYALA GÓMEZ, I.: “Delitos contra la Seguridad Social”, en AYALA GÓMEZ, I. y ORTÍZ DE URBINA GIMÉNO, I. (Coords.): *Memento práctico. Penal económico y de la Empresa*. Francis Lefebvre, Madrid. 2017, p. 746.

12 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales. 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 136.

13 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: La expansión del Derecho penal... *ob. cit.*, p. 139 y nota al pie 335.

Al hilo de este razonamiento y, en particular, sobre los delitos contra la Seguridad Social en los albores de su tipificación, FONCILLAS CASAUS escribía que “si se aplicara el criterio de intervención mínima (...) la justificación de estos delitos sería harto endeble”¹⁴. Para mayor detalle, el que fuera Presidente del Círculo de Empresarios entendió muy cuestionable la tipificación del fraude en materia de prestaciones sociales y se lamentaba de la remisión en bloque al *lus puniendi*, pudiéndose estructurar, en su opinión, otras soluciones extrapenales.

Es obvio que la regulación del delito (o, en términos más generales, la sanción) contra la Seguridad Social supone un medio de control social formal necesario para condenar el fraude recaudatorio en una de las instituciones fundamentales de todo país que presuma perseguir un Estado Social de Bienestar para sus ciudadanos (sobre todo en lo atinente a las funciones asistenciales en situaciones de riesgo de exclusión social). Sin embargo, si atendemos a la dimensión positiva del concepto de ordenamiento penal, esto es, como herramienta de protección de bienes jurídicos, la tipificación de los delitos contra la Seguridad Social será ineficaz toda vez que no venga acompañada de otras medidas de prevención que deben actuar en el marco socioeconómico. Esto, que puede predicarse prácticamente de todos los tipos penales, es especialmente dependiente en este caso concreto de una intencionalidad política clara, pues de ella depende la reglamentación de un marco económico equitativo y de justicia social donde se establezcan las reglas del juego que informan el deber de contribución al bienestar social de toda la población.

Indicaba, ya en los años 90, DE VICENTE MARTÍNEZ que “el funcionamiento y la eficacia del sistema de Seguridad Social es de importancia capital, sin embargo, la crisis económica, la inflación sostenida, el desempleo generalizado, el déficit de las finanzas públicas, etc., son algunas de las causas que han pro-

vocado la aparición de fuertes déficits en las finanzas del Sistema de Seguridad Social”. Por aquel entonces ya se hablaba de una crisis de ingresos en el sistema de Seguridad Social y el excesivo crecimiento de los gastos. La autora precitada continuaba explicando: “la eliminación o, al menos reducción a límites razonables del fraude en materia de Seguridad Social representa el presupuesto fundamental para una efectiva modernización de nuestro sistema de Seguridad Social y esta eliminación o reducción sólo se puede conseguir elevando al rango de delito determinadas infracciones contra la Seguridad Social”¹⁵.

Sin embargo, en mi opinión, el Derecho penal no está llamado (ni *puede* estarlo) a salvar nuestro sistema de Seguridad Social, sino tan sólo a proteger la función que desempeña como uno de los principales ejes de un Estado en el que prime la justicia social¹⁶. En este sentido, el Derecho penal de la Seguridad Social mantiene cierta función simbólica o motivadora¹⁷, de mantenimiento de unos valores de protección social a los trabajadores, puesto que, incluso, algunos economistas sostienen que una eventual quiebra del sistema de Seguridad Social —si es que ello es posible— es perfectamente evitable mediante la mera aplicación de una adecuada política económica. Al fin y al cabo, “los problemas fundamentales de la Seguridad Social son básicamente financieros, de carácter económico”¹⁸.

II. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO PENAL DE CLASE

Por otra parte, conjuntamente con el citado efecto expansionista también debe hacerse mención al *Derecho penal de Clase* en materia de regulación del delito contra la Seguridad Social.

Sin lugar a dudas, se trata de una terminología poco frecuente, más nominal que conceptual y poco desarrollada por la ciencia penal y la política criminal¹⁹, al me-

14 Cfr. FONCILLAS CASAUS, S.: “El Derecho penal como panacea. Un ejemplo: los delitos a la Seguridad Social en el Anteproyecto de Reforma del Código penal”, en BARBERO SANTOS, M. (Ed.): La reforma penal: delitos socio-económicos. Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, 1985, p. 326.

15 Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 13.

16 Tampoco la autora citada lo pretendía en el texto antes citado, pues reconoce que “no se debe pensar que con el recurso al Derecho penal se va a erradicar la crisis del sistema y su más evidente síntoma: el fraude. La solución ha de venir, además, por otras vías: el reforzamiento del proceso informático de la Tesorería de la Seguridad Social, la reorganización de los cuerpos controladores el establecimiento de oficinas de recaudación ejecutiva directamente de la Seguridad Social, etc.”; Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 15. Y añade: un cambio de modelo de política económica, con una distribución de la renta más equitativa y que permita el pleno empleo.

17 LOZANO ORTÍZ habla de “trascendencia ejemplificadora y cuantitativa en la política económica”, Cfr. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social”, en CAMINO FRÍAS, J.J. (Coord.): Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas. Thompson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 334.

18 Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 43.

19 Aunque existen algunas aproximaciones bastante loables a la problemática concreta en el sector de la Sociología argentina: Vid. MAIELLO, M.: “Una polémica con Roberto Gargarella. El Derecho penal y la lucha de clases”, en *Ideas de Izquierda*, nº 8 abril, 2014, pp. 10 y ss., disponible en http://www.laizquierdadiario.com/ideasdeizquierda/wp-content/uploads/2014/04/10_12_Maielo.pdf (consultado el

nos comparativamente con otros conceptos abstractos, tales como “populismo punitivo”, “Derecho penal de la peligrosidad”, “Derecho penal de las dos velocidades”, “Derecho penal del enemigo”, etc. Tal vez podamos exceptuar el desarrollo parcial del mismo por parte de algunos sectores de la Criminología crítica²⁰, de mayor tradición sociológica, enmarcada en un discurso neo-marxista²¹. Muy criticada por algunos autores por su tendencia al encorsetamiento ideológico y la univocidad de su discurso explicativo del fenómeno delictivo²², es atendida por otros, en la inteligencia de que su exposición evidencia los desajustes y desequilibrios en materia de Justicia Social de los sistemas de justicia penal de los Estados capitalistas modernos afines a una economía de corte neoliberal²³.

Así lo defienden algunos autores modernos, a cuyos argumentos me sumo²⁴. Al respecto, a pesar de mostrarse crítico con los postulados de la Criminología crítica indica HERRERO HERRERO que la misma, “estaría en lo cierto, si denunciara que los agentes de control social (Legislador, Ejecutivo, Jueces, Policía, establecimientos penitenciarios) no siempre hacen gravitar el ejercicio de sus propias funciones sobre la exigencia del bien común (“delincuencia” y “delincuentes artificiales”), que la ley no siempre se aplica para todos de acuerdo con el principio de igualdad, que existen “privilegios” para determinados infractores. Pero no es asumible su postura cuando absolutiza y universaliza tales “déficits”, carencias y abusos”²⁵. Y, tal vez, pero no únicamente, sea ésta la postura interpretativa que,

13/09/2017); y su respuesta en GARGARELLA, R.: “Notas sobre marxismo, justicia y derecho penal”, en *Ideas de Izquierda*, n.º 9 mayo, 2014, pp. 9 y ss. En particular, el primero de los autores citados explica que “no puede llamar la atención que en la práctica, todas terminen perjudicando a los sectores provenientes del pueblo trabajador y especialmente a sus sectores más explotados. No es más que la consecuencia necesaria del carácter de clase del sistema penal y su función en la sociedad capitalista. Y aquí no se trata “simplismo”, “reduccionismo” o “teorías conspirativas”, sino de un ineludible punto de partida”. Además de la obra de los autores precitados, también es de interés el libro de SILVA SENARQUÉ, S.A.: Control social, neoliberalismo y derecho penal. Fondo Editorial UNSMN, Lima, 2002, pp. 101.

20 De la que son ejemplos ampliamente conocidos, entre otras, las obras de TAYLOR I., WALTON P. & YOUNG J.: *The new criminology: For a social theory of deviance*. Routledge and Kegan Paul, London, 1973. (Traducción al castellano, La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Amorrortu, Buenos Aires, 1977) y BARATTA, A.: Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal. Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004. Si bien tiene claros antecedentes en la obra de SUTHERLAND, que evidenció y denunció la diferencia de tratamiento entre la delincuencia de cuello blanco y la criminalidad común, Vid. SUTHERLAND, E.H.: El delito de cuello blanco. Traducción del inglés de Rosa del Olmo. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría. Ed. La Picota, Madrid, 1999.

21 Lo cierto es que, como expone GARGARELLA, MARX no ocupó su pensamiento en la cuestión normativa de modo excesivamente prolijo y homogéneo y menos aún a la causa concreta del Derecho penal. No obstante, advierte el autor precitado, en su artículo “*Capital Punishment*,” publicado en el *New York Tribune*, en 1853, MARX “en pocas líneas, con un conocimiento y una precisión pasmosas, se refiere a —y descarta— dos enfoques penales dominantes y alternativos, todavía hoy: el utilitarismo y el retribucionismo. (...) Rechaza la alternativa utilitarista a partir de una llamativa afirmación de los derechos de cada uno; y rechaza la alternativa retribucionista, por reflejar, más que someter a crítica, al status quo dominante”; Cfr. GARGARELLA, R.: “Notas sobre marxismo, justicia y derecho penal”, en *Ideas de Izquierda*, n.º 9 mayo, 2014, p. 10.

22 Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Tratado de Criminología. Tomo II, Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 547 y 548; HERRERO HERRERO, C.: Criminología: parte general y especial. Dykinson, Madrid, 2007, p. 334; con bastante contundencia AEBI, M.F.: “Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta”, en PÉREZ-ÁLVAREZ, F. (Ed.): *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 17-56, si bien posteriormente indicará que la crítica se circunscribe solamente a la concepción de la Criminología Crítica de BARATTA. Al respecto, SERRANO MAÍLLO advertía que “en el ámbito latinoamericano y español han prevalecido los [enfoques] puramente voluntaristas, especulativos e ideológicos (...) en contra de la impresión a veces dominante, los enfoques críticos son compatibles con metodologías científicas”; a región seguido, el autor citado indica que “los enfoques críticos ocupan un lugar imprescindible en la Criminología contemporánea y son, por lo tanto, irrenunciables”; Cfr. SERRANO MAÍLLO, A.: Introducción a la Criminología. 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 437; el mismo: “Una nota sobre el compatibilismo entre una Criminología determinista y un Derecho penal basado en el libre albedrío”, en ROMERO CASABONA, C.M. (Dir.): Genética y Derecho II. CDJ, 40, Madrid, 2002, pp. 223 y 229-230.

23 Así lo defienden algunos autores modernos, a cuyos argumentos me sumo. Para una relación de tal corriente doctrinal, Vid. la enciclopédica obra de TÉLLEZ AGUILERA, A.: Criminología. Edisofer, Madrid, 2009, p. 655; HERRERO HERRERO, C.: Criminología... ob. cit., p. 334.

24 Para una relación de tal corriente doctrinal, Vid. la enciclopédica obra de TÉLLEZ AGUILERA, A.: Criminología. Edisofer, Madrid, 2009, p. 655. Una defensa muy elocuente de la Criminología crítica en LARRAURI, E.: “Una defensa de la herencia de la Criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi “Crítica de la Criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N.º 17, 2006, pp. 259 y ss., con su consiguiente contestación aclaratoria AEBI, M.F.: “Crítica y contracritica de la Criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N.º 19, 2007, pp. 377 y ss.

25 Cfr. HERRERO HERRERO, C.: Criminología... ob. cit., p. 334.

para los objetivos de este trabajo, más nos interesa ahora.

Y es que tal vez pueda aplicarse este concepto de política criminal a las nuevas reformas penales, la más importante de ellas operada por la reciente *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*²⁶ (LO 1/2015), en cuya discusión parlamentaria fue pronunciado —si bien la reforma de los delitos contra la Seguridad Social proviene, como ya he indicado, de 2012, adelantándose a la misma—, precisamente refiriéndose al tipo penal objeto del presente estudio.

Respecto a la reforma operada por la LO 7/2012, fueron contundentes las críticas del bloque de izquierdas —aunque no en exclusiva— en este aspecto. Desde la agrupación de Izquierda Unida, LLAMAZARES TRIGO, que ya había criticado desde una perspectiva “de clase” la inclusión de las tasas judiciales previendo la ulterior reforma²⁷, exponía con contundencia que “estamos sobre todo ante un proyecto de ley de criminalización de los perceptores de prestaciones”²⁸. La desigualdad de tratamiento punitivo era una de las principales razones esgrimidas por el parlamentario y que, ciertamente, a la luz de la propia norma parece

corroborarse²⁹. Finalmente, respecto al art. 307 ter CP se veía como “contrario al principio de mínima intervención en el Derecho penal, criminalizando de forma generalizada a los perceptores de prestaciones. Los términos tan generales e incondicionados con que se configura el delito del artículo 307 ter suponen en la práctica que un importante número de casos, en los que un beneficiario disfruta indebidamente de una prestación, se califiquen como delito. Estamos ante una modalidad delictiva que se quiere implantar para criminalizar de forma generalizada a trabajadores y beneficiarios, incluida la protección por desempleo, cuando perciban cualquier prestación de forma indebida, en el que no se exige ningún ánimo defraudatorio con relación al resto de los delitos y en el que no se exige ninguna cifra mínima de perjuicio de los recursos públicos. Es decir, que podría ser que por una cantidad mínima y sin ánimo defraudatorio se introdujera una pena de prisión, al margen de la cuantía y del perjuicio causado a la Seguridad Social, y esto en nuestra opinión es una propuesta no solamente desproporcionada, sino una propuesta contraria al principio de mínima intervención en el derecho penal. En definitiva y en último lugar, puestos a abordar la reforma del Código Penal en estas materias,

26 Algunos autores, con razón, se han mostrado críticos acerca del adelantamiento de la reforma en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP)”, en VV.AA.: *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*. Bosch, Barcelona, 2015, p. 17.

27 Así se expresaba el parlamentario del Grupo Izquierda Plural: “la solución al conflicto social la cerrará usted durante esta legislatura con la reforma del Código Penal, sustituyendo el Estado social y democrático de derecho por un Estado de mercado pero al mismo tiempo por un Estado con una mano derecha muy fuerte, un Estado claramente penal”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 66, 22 de octubre de 2012, p. 27.

28 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 13.

29 Así, exponía sucintamente LLAMAZARES TRIGO que: “Nuestra segunda crítica es que la reforma se refiere a las diferentes penas de prisión, multas y penas accesorias previstas para los distintos delitos, y destacamos que las consecuencias son más duras en los delitos de disfrute indebido de prestaciones del sistema de Seguridad Social”, “nosotros afirmamos que su texto es criminalizador de los débiles. Lo cual no quiere decir que no haya que penalizar a los débiles, pero es criminalizador y se plantea como objetivo punitivo los débiles. Por contra destaca la rebaja de uno o dos grados en las penas de los delitos contra la Seguridad Social y contra las subvenciones, desgravaciones y ayudas de las administraciones públicas si se paga con intereses y se reconocen los hechos. Es decir, incluso dentro de los delitos a la Seguridad Social hay unos, los que reciben prestaciones, que son tratados con mano dura, y hay otros, los que defraudan, que son tratados de una manera mucho más beneficiosa. Finalmente, los delitos de disfrute indebido de prestaciones del sistema de Seguridad Social —más de 50.000 euros en el artículo 307— tienen una multa de uno a seis, como los delitos con penas de uno a cinco años de prisión, en vez de una multa de dos a seis veces, como en el resto de los delitos, con penas de dos a seis años de prisión. Nuestras propuestas son equiparar las penas de prisión y multas a los tipos y tipos agravados de los delitos contra las haciendas públicas; permitir en los delitos contra las haciendas públicas y delitos por disfrute indebido de prestaciones del sistema de Seguridad Social que se rebaje uno o dos grados si se paga lo defraudado, al igual que le he dicho antes con los intereses y se reconocen los hechos, tal y como la reforma establece para los delitos contra la Seguridad Social; manga ancha para unos, puño de hierro para otros”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 14. De esta acusación de desigualdad se defendía RUIZ GALLARDÓN, aduciendo que “los pequeños defraudadores reciben una pena en la que está excluida la de prisión, es una pena de multa, una multa proporcional al importe de la propia defraudación. Lo que nosotros hacemos directamente es dar una respuesta penal no al trabajador que percibe ilegalmente una defraudación, vuelvo a decirlo, no, sino a las organizaciones criminales; a los que crean empresas ficticias carentes de actividad” (*Ibidem*, p. 19). Sin embargo, desde la óptica de los principios de mínima intervención, igualdad y proporcionalidad la problemática continúa siendo la misma: ¿Por qué incluir una regulación penal de tal dureza para el pequeño defraudador si ya existe un control administrativo? ¿Por qué no establecer límites mínimos objetivos de relevancia penal en la cuantía? ¿Cómo se justifica la diferencia de trato en el ámbito de la atenuación y la regularización?

en nuestra opinión se debería profundizar en los delitos relacionados con la corrupción³⁰.

Por otra parte, VILLARRUBIA MEDIAVILLA, del Grupo Parlamentario Socialista, mostraba sin ambages el sesgo social de la nueva norma al indicar que “establece una fórmula de protección temporal para los defraudadores ricos que permite la impunidad total; rebaja la pena en uno o dos grados para aquel que tenga dinero para pagar lo que ya se le reclama porque se le ha pillado y, la máxima perversión, lo más intolerable e indecente, señor ministro, crea un tipo nuevo para incluir a trabajadores, desempleados y pensionistas en el Código Penal hasta por infracciones mínimas (...) no se respeta el principio de igualdad, equiparando la conducta del gran defraudador con la de los trabajadores, desempleados y pensionistas (...) que perciben indebidamente una prestación, criminalizando a estos últimos y exonerando al que regulariza haciendo desaparecer incluso el desvalor de su conducta defraudadora. (...) Es, en suma —y coincido con los sindicatos en la calificación—, una norma de excepción, que incluye a trabajadores, desempleados y pensionistas en el campo de acción del derecho penal. (...) En definitiva, es evidente que esta reforma del Código Penal destila pura ideología, cuyo exponente es el trato que da a los débiles frente a los poderosos”³¹.

En cuanto a la reforma de 2015, LLAMAZARES TRIGO del Grupo Parlamentario Izquierda Unida se refería a la última reforma como “claramente un Código Penal de clase, un Código Penal contra la inmensa mayoría de los pequeños delitos, pero un Código Penal que no está claramente frente a la corrupción”³². En concreto, y centrándome en el tema objeto de investigación, DE LA ROCHA RUBÍ instaba a “la derogación paralela del artículo 307 ter, el famoso delito de obtención de prestaciones indebidas a la Seguridad Social por parte de los trabajadores, tanto más grave por la desigualdad tan radical que significa entre los defraudadores tributarios, los socialmente considerados corruptos, y los trabajadores que defraudan a la Seguridad Social. Sabemos que los primeros, los ricos y muy ricos, para cometer delito fiscal hoy tienen que defraudar al menos 120.000 euros al año, mientras que el pobre, el parado, el trabajador que compatibiliza el trabajo con un día o una semana de prestaciones de desempleo u otras ayudas públicas

comete delito desde el primer euro. Como hemos dicho muchas veces es una nueva y dramática manifestación de un *Derecho penal de clase* que habría que superar, señorías, y que este Código Penal mantiene”³³.

Aunque no contemplemos una postura abolicionista radical respecto al Derecho penal en su conjunto, parece evidente que los delitos son definidos por el poder (legislativo), que no está exento de un fuerte componente de ideología de clase en la medida en la que se aparta de consideraciones técnico-jurídicas objetivas.

Tomando esta cuestión como punto de partida, pueden ocurrir diferentes factores de distorsión en la construcción de normas penales que muestran una tendencia hacia un *Derecho penal de Clase*: a) que la deriva punitiva (expansionismo) abarque áreas concretas de *incriminación* que serán sufridas por la clase social proletaria de manera más acusada y que, precisamente, tienen su origen en las fallas del sistema económico; b) que la definición y aplicación de determinados delitos suponga importantes desigualdades en cuanto a su comisión o castigo por parte de los trabajadores (delincuencia *común*) y los denominados delincuentes de elevado estatus socioeconómico (delincuencia de *cuello blanco*); y, finalmente, c) que se establezcan cláusulas de atenuación o levantamiento de la pena que benefician a quienes tengan más poder adquisitivo frente a los económicamente más desfavorecidos. Cada una de estas posibilidades se corresponde con un segmento temporal: a) creación del conflicto o brecha social que precipita el comportamiento delictivo (p.ej.: mala *praxis* de política económica, desigualdad de la renta, crisis económica = mayor índice de defraudación al sistema de Seguridad Social por parte de los trabajadores); b) sesgo social a la hora de definir o castigar la conducta delictiva (p.ej.: falta de proporcionalidad de las penas para distintos tipos de defraudadores); y, c) diferentes posibilidades de acceso al levantamiento de la pena debido al poder adquisitivo del sujeto activo (p.ej.: mayor facilidad de regularización en los ricos que en la clase proletaria).

Sobre estas cuestiones, ya mencionaban SCHWENDINGER Y SCHWENDINGER que “los criminólogos informan a la población que los delitos legalmente definidos pertenecen comúnmente a la categoría de

30 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 15.

31 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 16. Prácticamente los mismos argumentos, en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 84, 20 de diciembre de 2012, pp. 23 y ss.

32 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, de 12 de diciembre de 2013, p. 37.

33 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Comisiones, de 16 de enero de 2015, p. 15. Cursivas añadidas. Utiliza también la expresión *Derecho penal de clase* para referirse a esta cuestión VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, en *Derecho y proceso penal*, n° 32, 2013, p. 287.

actos antisociales y son, por lo tanto, nocivos para la sociedad. La elección de daño social como una característica común de tales delitos está expuesta a serias dudas en una sociedad de clases. Nosotros estamos, ciertamente de acuerdo con que una gran mayoría de delitos son socialmente dañinos. Sin embargo, desde el momento que el control del poder estatal permite a las clases dominantes sancionar legalmente aquellos actos que se oponen a sus intereses (...) cualquier definición que acepte el corolario de que los delitos señalados por la ley son actos socialmente dañinos, implícitamente legitima estas leyes y sanciones penales, independientemente de sus contenidos represivos³⁴. Esta cuestión tiene mucho que ver con la definición del bien jurídico protegido en algunos de los delitos pertenecientes a la tutela penal de la Seguridad Social, puesto que, como ya se ha tenido oportunidad de exponer, en este afán expansionista del Derecho penal, ha sido muy discutida la tipificación de esta clase de conductas.

Sobre esta cuestión, mientras que autores como GARGARELLA sostienen que el Derecho penal ha dejado de lado a los trabajadores y sería necesario un proceso de “inclusión” o “democratización” de los lineamientos de política criminal³⁵; entre los sectores más radicales, se ha llegado a indicar que el Derecho penal actúa en ocasiones como un arma en la denominada lucha de clases³⁶. Así, MAIELLO explica que “la legislación burguesa, incluido el Derecho penal, no es algo propio sino que es efectivamente una “cosa extraña y hostil” al trabajador, y el Estado capitalista que la garantiza por la fuerza es efectivamente un “poder independiente” del trabajador que sirve para sostener la dominación de la burguesía”. De este modo, continua el autor citado, “el derecho constituye una relación social de la cual el trabajador es parte, no en tanto trabajador sino en tanto propietario igual a los demás” que “es la base para ocultar la desigualdad real —en primer lugar entre explotadores y explotados— detrás de la igualdad formal de individuos que se presentan al mercado como propietarios de mercancías”³⁷.

Por otro lado, ya hemos referido que la lucha contra el fraude tiene mucho que ver con una adecuada política económica. En este sentido, algunos economistas críticos sostienen que la denominada crisis de la Seguridad Social no es más que una falacia producto de

una errática política económica neo-liberal con una finalidad bastante perversa. Así, GARZÓN ESPINOSA sostiene que “la aplicación de políticas de austeridad y reformas laborales agresivas (...) han logrado destrozarse el balance de la Seguridad Social. (...) El sistema es insostenible ahora porque lo han dinamitado con reducciones discrecionales de cotizaciones sociales y con políticas de austeridad y reformas laborales que han disparado el paro y disminuido los salarios. (...) Los grandes capitales financieros, en su alianza con los mediáticos, llevan desde la década de 1980 alertado constantemente de que el sistema de Seguridad Social iba a quebrar en los años siguientes. No acertaron ninguna de sus innumerables predicciones, y sólo lo hicieron 30 años más tarde y de casualidad cuando irrumpió la segunda crisis económica más profunda del último siglo. Era una estrategia evidentemente interesada para meter miedo y empujar a la gente a firmar planes de pensiones privados que incrementarían los bolsillos de los propietarios de los bancos. (...) El problema, como siempre, es de materia político-económica y no técnica, y concretamente de redistribución de la renta y riqueza”³⁸. Desde esta perspectiva crítica, de nada servirá el endurecimiento del Código penal en materia de defraudaciones a la Seguridad Social mientras se mantenga este estado de desequilibrio de la renta y de mala gestión económica.

Además de las cuestiones previamente anotadas y saliendo del radio de acción de la Criminología crítica —o, mejor dicho, complementando algunos de sus postulados, puesto que rara vez una explicación unívoca es certera—, también es de recibo aducir que en la conformación de los tipos penales de las últimas reformas tiene un especial peso el efectismo electoral vinculado al denominado “populismo punitivo”. Ello deriva en una excesiva celeridad legislativa (en el mal sentido del término, esto es, en “prisa por reformar”) que, por lo general, es enemiga de la adecuada técnica jurídica.

Sea como fuere, lo cierto es que los tipos penales pertenecientes al denominado nuevo Derecho penal económico, llamados a ser los látigos que mantuvieran a raya la corrupción y el sostenimiento de un Estado social y democrático de Derecho mediante la actuación del ordenamiento jurídico penal, muestran evidentes desigualdades de trato:

34 Cfr. SCHWENDINGER, H. & SCHWENDINGER, J.: “*Crime and Social Justice*”, en *Issues in Criminology*, 7 Spring-Summer, 1977, traducido por Susana Iglesias y publicado como “Clases sociales y la definición de delito”.

35 Vid. GARGARELLA, R.: “Sí a la reforma (garantista) del Código Penal”, en seminariogargarella.blogspot.com.ar (consultado en 06/12/2017).

36 Vid. PASHUKANIS E.: *Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Editorial Labor, 1976.

37 Cfr. MAIELLO, M.: “Una polémica con Roberto Gargarella...” *ob. cit.*, p. 11.

38 Cfr. GARZÓN ESPINOSA, E.: *Desmontando los mitos económicos de la derecha. Guía para que no te la den con queso*. Península, Atalaya, Barcelona, 2017, pp. 266 y 267.

Así, por ejemplo, con anterioridad a la reforma de 2012, la cuota defraudada de la Seguridad Social en el art. 307 CP debía superar los 120.000 € (como en la defraudación contra la Hacienda Pública) y no se había incorporado el art. 307 ter CP. LOZANO ORTÍZ, sin embargo, explica la justificación de la elección de la cuantía, con el siguiente razonamiento: “la propia dinámica tributaria permite que puedan existir unas cuotas tributarias muy altas en casos de importantes incrementos patrimoniales, rendimientos de actividades profesionales, o rendimientos del trabajo, lo que se traduce en que la frontera de los 120.000 € es umbral razonable, existiendo un número importante de obligados tributarios que ingresan correctamente una cuota que supere esa cantidad.

En el caso de la Seguridad Social, la situación siempre ha sido opuesta. Los salarios determinan las bases de cotización y tras aplicar los tipos correspondientes se obtienen las cuotas. Las bases de cotización siempre han tenido un límite máximo que impide la existencia de cuotas importantes, aunque la retribución sea muy superior. Incluso aquellas personas que pueden abonar una cuota tributaria superior a los 120.000 €, sus cuotas, normalmente al régimen de Trabajadores Autónomos, no podrán superar la cantidad de 12.000 € anuales.

En la práctica suponía que para generar una deuda superior a 120.000 € en un año, debía darse un supuesto casi de laboratorio³⁹. Sin embargo, como expone el autor citado, esto no justifica que no se haya modificado, para endurecer también el tipo penal, el delito fiscal, ni tampoco el que se haya modificado el periodo de generación de la deuda. En definitiva, sigue existiendo una diferencia sustancial entre ambos tipos que, aun teniendo en cuenta sus especialidades, no parece convenientemente justificada.

No obstante, algunos autores se han pronunciado favorablemente sobre la reforma de 2012 en materia de defraudaciones a la Seguridad Social, indicando que “la reforma ha sido eminentemente práctica” y “ha realizado las modificaciones que considera necesarias para una mayor efectividad del carácter preventivo

del delito, ha aclarado conceptos del tipo para superar determinadas interpretaciones judiciales que dificultaban su aplicación”⁴⁰. Más aún, LOZANO ORTÍZ vaticinaba: “no albergo ninguna duda de la efectividad que tendrá el nuevo delito contra la Seguridad Social, especialmente en la función preventiva del delito que produce el efecto invisible de disuadir a las personas que pudieran cometerlo, ante la contundencia de su reproche penal”.

En mi opinión, la profecía es quizás excesivamente halagüeña y se encuentra sesgada por cierto subjetivismo debido a la participación de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social (a la que el autor pertenece) en la redacción de la reforma. Aunque puedo compartir ciertos aspectos de lo expuesto por el autor precitado —y sin dudar de la profesionalidad de quienes impulsan la norma—, debo objetar que no se comprende que el efecto preventivo se vea copado, toda vez que el mismo autor reconoce que el tipo penal contiene importantes reducciones e, incluso, exenciones de la pena que pueden llevar a la impunidad del hecho delictivo. En consecuencia, aunque ciertamente puede conseguirse una mayor colaboración con la Justicia por parte del imputado en esta clase de delitos, no es menos cierto que, desde una perspectiva preventivo general, la introducción de estas importantes atenuaciones puede producir un efecto contrario a la motivación: ante la duda, es muy probable que el sujeto se arriesgue a cometer la conducta delictiva, puesto que siempre tendrá el recurso de la regularización o la atenuación privilegiada⁴¹.

Más aún, la regularización hace desaparecer el hecho delictivo, dejando de ser, por tanto, una excusa absoluta. Como indicaba VILLARRUBIA MEDIA-VILLA durante la discusión parlamentaria de la LO 7/2012, “la consecuencia directa es que bastará poder pagar y regularizar para no ser delincuente, pero es que además se regula la rebaja de la pena en uno o dos grados una vez descubierto el defraudador. Es obvio que en el ámbito patrimonial todos los que dispusieran de

39 Cfr. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 349. Otros autores son, sin embargo, partidarios de unificar la cuantía con la establecida para el delito fiscal, Vid. IGLESIAS RÍO, M.A.: “Delitos...” *ob. cit.*, p. 820. En la misma línea de justificación se expresaba RUIZ GALLARDÓN en la defensa parlamentaria de la norma, cuando indicaba “en el caso de delitos contra la Seguridad Social la cuantía descendiende de 120.000 a 50.000 euros. ¿Por qué? Porque la experiencia nos dice que se trata de situaciones en que es difícil alcanzar el primer umbral de 120.000 euros, por tanto ese tipo de conductas se estaban quedando absolutamente impunes”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, Nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 10. Para otros, incluso la cuantía de 50.000 € resulta escasa. Durante la discusión parlamentaria de la LO 7/2012 tras su paso por el Senado, OLABARRÍA MUÑOZ, del Grupo Parlamentario PNV, reiteraba que “estábamos hablando en los delitos de Seguridad Social de un delito de contenido imposible, nada menos que defraudar más de 50.000 euros, porque la exigencia es que se proceda el injusto penal, el delito, de forma simultánea y no de forma sucesiva. La verdad es que haciendo cuentas es imposible configurar o concebir que haya una posible defraudación al sistema de pensiones que supere los 50.000 euros; es un precepto en blanco que carece de contenido material, carece de aplicabilidad”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, Nº 84, 20 de diciembre de 2012, p. 18.

40 Cfr. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 340.

41 En similares términos, Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, pp. 284 y 285.

recursos para reparar las consecuencias de su conducta tendrían patente de corso para delinquir a su gusto. Este es un ejemplo magnífico del denominado derecho penal de los millonarios⁴².

Sobre esta cuestión puede plantearse que la posición defendida es contradictoria con la eliminación del precepto, ya que se alude a una finalidad preventivo general. Obviamente, en el párrafo anterior (y en las páginas siguientes) me refiero a la mala técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo en su formulación vigente y, sobre todo, a la desigualdad que supone entre los sujetos activos empresarios y los trabajadores. Si la opción legislativa más eficaz es reconducir esta clase de defraudaciones nuevamente a una sanción administrativa o al delito básico o leve de estafa, nada puedo objetar (de hecho, este último supuesto para defraudaciones inferiores a 400€ sería lo más justo). Ahora bien, si lo que se pretende es ser coherente con los lineamientos de política criminal de la reforma en la lucha contra la criminalidad de cuello blanco y el fraude a la Seguridad Social, la contradicción que he expresado debe ser tenida en cuenta.

La fijación de la cuantía conforme a lo establecido en la exposición de motivos de la LO 7/2012, obedece a “criterios económicos, políticos y sociales” y, ciertamente, difiere de la establecida para el delito fiscal. Explica la citada justificación de la norma que “la realidad social y económica actual pone de relieve la necesidad de actuar, con mayor contundencia, frente a las conductas presuntamente delictivas y tramas organizadas que ponen en peligro la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social. La reducción de la cuantía del tipo delictivo permite que sean objeto de punibilidad penal hechos que actualmente sólo son sancionables administrativamente y que son objeto de un contundente reproche social en momentos de especial dificultad económica en el ámbito empresarial como los actuales”. Esta última línea, en opinión de GÁMEZ SELMA, resulta especialmente desafortunada, pues da a entender la prioridad del Estado de atender las necesidades del sector empresarial por encima de las necesidades de los sectores más vulnerables de nuestro país, esto es, los propios beneficiarios de la acción protectora de la Seguridad Social⁴³.

No obstante, en cuanto a la creación del art. 307 ter CP en la propia modificación legislativa, simplemente se argumenta que “cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos defraudatorios se tipifican en un nuevo precepto, el artículo 307 ter, que los castiga con una penalidad ajustada a la gravedad del hecho (...). 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. El artículo 307 ter, en el tratamiento específico que realiza de estas conductas fraudulentas, viene también a facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema con la consiguiente agravación de la pena”. Como puede apreciarse, no se establece cuantía alguna a partir de la cual se entenderá como cometido el hecho delictivo, si bien se incorporan algunas atenuaciones importantes atendiendo al importe de lo defraudado, de los medios empleados, las circunstancias personales del autor y cuando los hechos no revistan de especial gravedad. Ahora bien, cuando el valor de las prestaciones defraudadas superara los 50.000 € —cuantía fijada para el castigo del delito contra la Seguridad Social susceptible de ser cometido por el empresario— se impondrá una pena mayor (art. 307 ter.2 CP) que la que correspondería al sujeto activo del art. 307.1 CP.

La justificación de la creación del precepto, para evitar la impunidad de determinadas conductas fraudulentas, no aborda tal diferencia de trato en la penalidad. La única razón plausible se encuentra en la mayor facilidad de las empresas para alcanzar la cota de los 50.000 € con respecto a los trabajadores.

Así, no comparto la opinión de ARRUEBO LA-FUENTE sobre el tipo penal, cuando expone que “la presente innovación soluciona sin complejos su equiparación [al art. 307.1 CP], dejando atrás la, tan evidente como injustificada, diferencia de trato ante conductas equivalentes”. No obstante, sí es cierto que “la incorporación del precepto penal que nos ocupa viene a salir al paso de la impunidad en que quedaban determinadas conductas, como la de obtención fraudulenta de

42 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 17. La justificación de este cambio legislativo era anunciada por RUIZ GALLARDÓN con el siguiente argumento: “la circular 2 del año 2009 dice literalmente: La regularización fiscal debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de la acción (defraudación) sino también de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social)” (*Ibidem*, p. 19).

43 Vid. GÁMEZ SELMA, A.: “Doble vara contra el fraude: art. 307 ter Código Penal”, en <https://red-juridica.com/doble-vara-contra-el-fraude-art-307-ter-codigo-penal/> (consultado el 05/12/2017).

la prestación por desempleo”⁴⁴. De este modo, existirá un tipo penal concreto —dejando atrás la redirección de esta clase de comportamientos al delito de subvenciones o de estafa— que castigue tales fraudes; pero ello no sostiene que no se haya dispuesto límite alguno en la cuantía, a partir del cual la conducta pase a ser delictiva, ni tampoco justifica que cuando se alcance la cifra de 50.000 € —la que da inicio al delito contra la Seguridad Social en el caso de los empresarios— la pena resultante sea un poco más gravosa.

De esta manera, la cuantía que para los primeros abre el camino del *Ius Puniendi*, para los segundos supone una agravación. La conclusión es que, ante la defraudación de la misma cuantía, el empresario tendría una pena menor que el trabajador. Esta situación, en palabras de VIDALES RODRÍGUEZ para el supuesto de diferenciación entre los arts. 307 bis y 307 ter CP, “puede contradecir las exigencias del principio de igualdad”⁴⁵.

Mas estas diferencias también se encuentran en el propio tipo penal. En concreto, en el análisis del concepto de cuotas que engloba tanto la cuota empresarial como la cuota obrera, puesto que como advertía DE VICENTE MARTÍNEZ: “la conducta del empresario que se apropia de la cuota obrera retenida a efectos de Seguridad Social es pluriofensiva, de un lado, existe un perjuicio en la función recaudatoria de la Seguridad Social; de otro, un perjuicio para el trabajador”⁴⁶ (...). Pero, además, la conducta del empresario que se apropia de la cuota obrera retenida a efectos de Seguridad Social es más grave que la elusión de la cuota empresarial porque en el primer caso, el sujeto

activo no sólo elude el pago de las cuotas e incumple su obligación para con la Seguridad Social sino que además esas cuotas pertenecen a terceros, a los trabajadores, respecto de los cuales se puede afirmar que se quebranta la confianza y seguridad de que sus cuotas, descontadas de sus salarios, estén ingresadas en la Tesorería. (...) De entender, por el contrario que la apropiación de la cuota obrera por parte del empresario se incluye en el art. 307, el comportamiento se habría privilegiado hasta unos límites increíbles respecto a la situación anterior, sobre todo si se tiene en cuenta los requisitos adicionales que exige el art. 307 para su aplicación”⁴⁷.

La autora citada proponía por aquel entonces la introducción de un tipo penal específico que incriminase la apropiación empresarial de la cuota obrera⁴⁸. No obstante, tanto la primera de las críticas a nuestro ordenamiento punitivo, como la segunda, por más razonables que puedan parecer, han sido completamente ignoradas en las pretéritas reformas⁴⁹.

Además de ello, si comparamos esta clase de tipos penales protectores del ámbito socioeconómico con sus hermanos delitos comunes contra el patrimonio, pronto observaremos como existe cierto trato de favor hacia el denominado *delincuente de cuello blanco* en materia de rebaja e, incluso, anulación de la pena. Así, mientras que esta clase de “amnistías” no están reservadas para la mayor parte de los delitos de corte económico, en el delito fiscal y las defraudaciones contra la Seguridad Social nos encontramos con la figura de la regularización y, más aún, la introducción de subtipos muy privilegiados (arts. 305.6 y 307.6 CP, respectiva-

44 Cfr. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal introducido por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE del 28), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, en CAMINO FRÍAS, J.J. (Coord.): Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Análisis de las reformas legislativas. Thompson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 367.

45 Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, p. 286. También crítico con la no inclusión de una cuantía mínima en este precepto, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter CP)”, en VV.AA.: Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores. Bosch, Barcelona, 2015, p. 172.

46 Entendiendo que la decisión de política criminal de separar el delito de defraudación a la Seguridad Social de los delitos contra los trabajadores es acertada, pero indicando que el trabajador puede considerarse perjudicado por estos delitos al soportar las consecuencias más o menos directas del delito, Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 156. Sin embargo, para algunos autores es discutible que pueda considerarse al trabajador como verdadero sujeto pasivo del delito de defraudación a la Seguridad Social, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 674; Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 23.

47 Cfr. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 69-71.

48 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 72. Sin duda alguna, la unificación del concepto “cuotas” en este sentido obedece a una estrategia de política criminal que constituye un “increíble privilegio”, Vid. BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J.: Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 109.

49 Si bien no se nos escapan las posibles consideraciones concursales. Indicaba ya VALLE MUÑIZ al respecto que, la falta de alta de trabajadores pueda ser constitutiva, si finalmente le eluden las cotizaciones legalmente exigibles, de un delito contra el patrimonio de la Seguridad Social del art. 307 CP, que no impedirá una posible acumulación de responsabilidad penal por mor de la entrada en juego del delito contra los derechos de los trabajadores. Nos encontramos ante conductas que pudieran lesionar dos bienes jurídicos. Vid. VALLE MUÑIZ, J.M.: “La criminalización del fraude a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 179.

mente para uno y otro delito), que prácticamente permiten minimizar en uno o dos grados las consecuencias jurídico-penal aplicables al delincuente.

La situación se torna más discriminatoria cuando se comprueban los datos acerca de la comisión de esta clase de delitos que, en la mayor parte de los casos, cuentan a una gran empresa como principal sujeto activo⁵⁰.

Esta cuestión ha sido denunciada por un importante sector de la doctrina penal que, incluso teniendo en cuenta el principio de lesividad y mínima intervención o carácter fragmentado del Derecho penal, han entendido que esta clase de disposiciones merecen “la más severa crítica desde la perspectiva político-criminal, dado que permite ofrecer al defraudador una vía que conduce prácticamente a la impunidad, sin razones que la justifiquen”⁵¹.

A la denuncia de este modo de trato desigual se ha sumado un concepto de política criminal afín al aquí contemplado: el *Derecho penal del amigo*. En contraposición con los postulados de JAKOBS sobre el Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo supone un tratamiento privilegiado para determinados delincuentes de cuello blanco, que trata de evitar la aplicación de la sanción penal aun cuando un determinado comportamiento delictivo haya generado un importante daño. Esta clase de legislación penal desigual, argumenta VIDALES RODRÍGUEZ, puede mermar la eficacia retributiva de la pena e, incluso, su función preventiva⁵².

III. ASPECTOS CRÍTICOS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Tal y como sintetiza con claridad BUSTOS RUBIO, puede afirmarse la existencia de dos posturas fundamentales en torno a la cuestión de delimitación del bien jurídico protegido en el delito contra la Seguridad Social⁵³:

a) Tesis funcionalistas: que entienden que el bien jurídico protegido es la función recaudatoria de la Seguridad Social.

b) Tesis patrimonialistas: que abogan por considerar que el objeto de protección fundamental es el patrimonio público de la Seguridad Social.

Junto a estas dos tesis principales, se encontrarían otras consideradas minoritarias, tales como aquellas que afirmaban que estos delitos lesionaban exclusivamente intereses administrativos y carecían de bien jurídico protegido (ilícitos meramente formales); las tesis que consideraban los delitos contra la Seguridad Social como una modalidad de delito falsario, por lo que el bien jurídico protegido pasaría a ser la fe pública (deber de colaboración del ciudadano con la Administración); su consideración como un delito de infracción del deber a través del argumento de un supuesto deber de lealtad del ciudadano para con el Estado⁵⁴; o, por último, la puntualización realizada por FERRE OLIVÉ, quien, de forma comparada con el delito fiscal, afirma que el bien jurídico tutelado es la determinación del *quantum debeatur* o fijación de lo adeudado⁵⁵.

50 Baste con leer los datos expuestos en la investigación de VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, pp. 289 y 290.

51 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 659, en referencia al delito de defraudación a la Hacienda Pública. Por el contrario, entendiendo que estas reducciones son positivas como opción de política criminal, pues sirven para “incentivar el reconocimiento de los hechos por el culpable, con el consecuente ahorro de tiempo y dinero para los órganos judiciales, etc.”; Cfr. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 340.

52 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, pp. 270 y 271.

53 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, pp. 31 y ss. Acerca de esta discusión, también Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 162 y ss.; Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 26 y ss.

54 Sobre esta última cuestión, puntualizan con acierto CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 169-170; y BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, pp. 36 y 37, que, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones fiscales, no existe ningún deber de lealtad del empresario con la Administración, ni en la Constitución española, ni en la legislación administrativa. Así, el art. 41 de la Constitución Española (CE), no se encuentra ubicado dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos españoles, y solamente se configura como un principio rector de la política socioeconómica regulador del régimen público de la Seguridad Social, cuando indica que “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”. No obstante, el art. 1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que para los españoles la Seguridad Social es un verdadero “derecho”. Un derecho, además, irrenunciable, tal y como expone el art. 3 de la normativa precitada al indicar que “será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente ley”. Por tanto, cabe interpretar que sí existe un deber por parte del empresario de no vulnerar el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores a su cargo.

55 Vid. FERRE OLIVÉ, J.C.: “El bien jurídico en los delitos tributarios”, en *Revista Penal*, Nº 33, 2014, p. 105; al respecto, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 37, nota al pie nº 45.

Entiendo más acertada la primera de las tesis expuestas, de corte funcionalista, que parece concatenarse de forma más directa con la intención del legislador en la primera norma que tipificó los delitos contra la Seguridad Social: la *Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*⁵⁶ (en adelante, LO 6/1995).

En la Exposición de Motivos de la precitada normativa —atinente al Código penal de 1973— se indicaba que “los delitos contra la Seguridad Social son ciertamente equiparables, en principio, a los delitos contra la Hacienda Pública en el sentido de que materialmente la defraudación, cuando existe, está también referida a recursos de titularidad estatal en último término.

Mas la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, *constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social* cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma —elusión total— o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida —elusión parcial—, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social.

Especial relevancia adquiere, en el contexto de la lucha contra el fraude fiscal y contra la Seguridad Social, la creación en ambas figuras delictivas de tipos cualificados por la concurrencia de circunstancias que deno-

tan una especial voluntad de defraudar y de dificultar la investigación de los hechos constitutivos del delito o que revisten especial trascendencia y gravedad por el importe de lo defraudado o por la existencia de una estructura organizativa de fraude”⁵⁷.

En esta declaración de intenciones se clarificaría el bien jurídico objeto de tutela para algunos autores, como MUÑOZ CONDE, quien indica que la lesión del mismo se configura como un ataque a la política social del Estado, a la economía en su conjunto y, concretamente, al potencial competitivo de las empresas que cumplen sus obligaciones con la Seguridad Social, si bien, según el autor citado, “no se debe olvidar que son los derechos de los trabajadores, principales sostenedores y beneficiarios del sistema, los que, en última instancia, se ven afectados por el incumplimiento de las obligaciones para con la Seguridad Social”⁵⁸.

Ciertamente, podría sostenerse que la literalidad de la exposición de motivos de la LO 6/1995 no permite, en realidad, llegar a tal conclusión sobre el bien jurídico protegido por este delito, puesto que en primer lugar se refiere al propio patrimonio de la Seguridad Social⁵⁹ para después especializar el objeto de tutela. No obstante, una interpretación práctica del precepto nos permitía deducir que en el art. 307 CP no se protege el patrimonio en su conjunto ni al completo⁶⁰: el objeto de tutela penal se reducía exclusivamente a los ingresos, es decir, las cotizaciones a la Seguridad Social, dejando fuera los gastos⁶¹. Sin embargo, la reforma operada por la LO 7/2012 introdujo una nueva modalidad en el art. 307 ter CP en la que, por primera vez, se tipifica una actividad delictiva que protege la vertiente de gasto de la Seguridad Social. De este modo, a partir de tal reforma se ha diferenciado entre aquellos delitos contra la Seguridad Social que protegen la función recaudatoria y aquellos que afectan

56 BOE núm. 155, de 30 de junio de 1995, pp. 19782-19784.

57 Énfasis añadido.

58 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*. 18ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1072.

59 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Los delitos contra la Hacienda Pública...* *ob. cit.*, p. 79; MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*. 5ª Ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 424 y 425; no obstante, en la nueva edición de la obra (Dykinson 2016) no se realiza un posicionamiento concreto sobre el bien jurídico protegido, limitándose el autor a citar la Exposición Motivadora. La interpretación acerca del patrimonio de la Seguridad Social como bien jurídico protegido fue un criterio apoyado por la primigenia jurisprudencia, Vid. STS de 18 de noviembre de 1997, ahora progresivamente abandonado: ya en la jurisprudencia menor se hacía mención a que “la creación de estos tipos penales específicos responde al espíritu del legislador de dar respuesta penal a una conductas que pueden frustrar o poner en peligro al menos el cumplimiento de los fines que se atribuyen constitucionalmente al Estado como poder financiero y recaudatorio, defendiéndose así frente a la disminución fraudulenta de sus ingresos fiscales y de Seguridad Social, así como frente al disfrute fraudulento de sus subvenciones y prestaciones” (SAP Guadalajara, de 23 de octubre de 1997). La defraudación, se tiende ahora “dentro de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social” (Cfr. STS de 25 de enero de 2000).

60 Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J.F., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. y GÓMEZ PAVÓN, P. (Coords.): *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 570; BUSTOS RUBIO, M.: *La regularización...* *ob. cit.*, p. 40.

61 Vid. SSTS 1505/2005, de 25 de noviembre y 952/2006, de 6 de octubre. Por tanto, la protección a la Seguridad Social era, ciertamente, sesgada, Vid. BLANCO CORDERO, I.: “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en *Eguzkilore*, N° 14, 2000, p. 38.

al patrimonio en su vertiente de “gasto” de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)⁶².

En opinión de BUSTOS RUBIO, nada obsta para mantener la interpretación que señala como bien jurídico protegido a la función recaudatoria de la Seguridad Social a pesar de la introducción del art. 307 ter CP, y ello por varias razones⁶³: en primer lugar, el hecho de que ambas modalidades se encuentren reguladas bajo una misma rúbrica no implica que compartan el mismo bien jurídico protegido. Así, siguiendo al autor citado, el art. 307 CP tutelaría la vertiente de ingresos a la Seguridad Social, es decir, la función recaudatoria antes expuesta; por otra parte, el art. 307 ter CP perseguiría la obtención indebida de prestaciones que se configura como un delito patrimonial que, por razones de especialidad, desplaza a otros tipos penales afines (como la estafa o el fraude de subvenciones). El art. 307 ter CP, por tanto, pone su acento en la obtención de un beneficio patrimonial ilícito y no en una verdadera defraudación, contenida en el art. 307 CP, que se dirige a proteger la capacidad recaudatoria de la Administración derivada de la obligación de cotización⁶⁴.

Por lo tanto, en materia de tutela penal de la Seguridad Social el Título XIV del Código penal se convierte a partir de 2012 en una rúbrica poliédrica⁶⁵ respecto al

bien jurídico protegido: por una parte, preservara la función recaudatoria de la Seguridad Social en el art. 307 CP⁶⁶; por otro lado, atenderá también al patrimonio de la TGSS⁶⁷ en el art. 307 ter CP cuando. Finalmente, en conjunto y de manera mediata velarán por el mantenimiento de una adecuada política social⁶⁸ propia de un Estado de Bienestar y, en suma, ampararán los derechos de los trabajadores en quienes principalmente revierte la función social/asistencial de la recaudación.

En mi opinión, respecto al bien jurídico protegido esta es la verdadera finalidad de tutela: ya sea mediante la protección directa a la función de recaudación de la Seguridad Social o de su patrimonio (o de instituciones afines), en definitiva lo que se desea es el mantenimiento del sistema de bienestar que afecta a la clase obrera, a los trabajadores fundamentalmente⁶⁹.

En este sentido, bien podría decirse que el objetivo final de tutela recae en el sistema de protección social de los trabajadores (asistencia y prestaciones sociales para el desempleo o situaciones de necesidad) que se deriva de la función recaudatoria de la Seguridad Social (ingresos) y su patrimonio (gastos), como institución fundamental en un Estado de Bienestar⁷⁰. De manera afín a este planteamiento, BUSTOS RUBIO argumenta que el bien jurídico protegido por el art. 307

62 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*. 19ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 981; Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 176.

63 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo”, en *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 380, 2018, pp. 177 y ss.; el mismo: “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo art. 307 ter del Código penal”, en *Revista Penal*, nº 35, pp. 24 y ss.; y también, La regularización... *ob. cit.*, pp. 41 y 42, nota al pie nº 56.

64 Al respecto, también Vid. APARICIO DÍAZ, L.: “La nueva reforma del Código penal en materia de transparencia y fraude fiscal y en la Seguridad Social”, en *Diario La Ley*, 20 al 26 de mayo de 2012, p. 20; 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*, nº 853, 2012, p. 6; la misma autora: Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma... *ob. cit.*, pp. 601 y ss.

65 O, como sostienen algunos autores, pluriofensivo. Vid. Por todos, MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: El delito de defraudación... *ob. cit.*, p. 51; en contra, CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 180.

66 Al respecto, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, pp. 52 y ss.

67 En realidad, incluso desde una posición patrimonialista se ha matizado esta cuestión, puesto que, en puridad, en la modalidad de disfrute indebido de deducciones el mayor número de bonificaciones se financian a cargo de otros presupuestos diferentes a los de la Seguridad Social (como los del INEM o el Fondo de Garantía Salarial); Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: El delito de defraudación... *ob. cit.*, p. 44; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 368; BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 47.

68 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 101; VALLE MUÑIZ, J.M.: “La criminalización...” *ob. cit.*, p. 715.

69 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública... *ob. cit.*, p. 82, diferenciaba entre “bien jurídico material mediato o representado” (funciones de la SS) y “bien jurídico material inmediato” (patrimonio de la SS); el mismo: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 674; siguiendo este mismo razonamiento, Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 347 y ss.

70 Tal y como expone el art. 2.1 del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, “el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley” (cursivas añadidas). Entiendo que el bien jurídico protegido en este caso es precisamente tal finalidad, que se deriva tanto de la función recaudatoria como del propio patrimonio utilizado para garantizar esa protección.

CP debe ser interpretado al albur del art. 41 CE: “este precepto constitucional es una forma de garantía propia de un Estado social-prestacional como lo es España que impone a los poderes públicos la obligación de instaurar y proteger ciertos servicios que se consideran imprescindibles para el bienestar social. (...) Protegiéndose el correcto funcionamiento de la *función recaudatoria* se logra ese *mantenimiento* del régimen público de Seguridad Social que encomienda el art. 41 CE”⁷¹. En términos similares se expresa HERRANZ SAURÍ, para quien esta clase de tipos penales ofrecen una “tutela de la función recaudatoria de la Seguridad Social, limitándose las conductas penalmente relevantes a las que pudieran poner en peligro el sistema de obtención de recursos, básicamente, mediante la elusión de las cotizaciones legalmente preceptivas”⁷².

En mi opinión, en realidad lo importante en cuanto a tutela penal no es si recae en el *modo*, esto es, en la *función de recaudación*, o en lo *recaudado* (patrimonio de la TGSS e instituciones afines), puesto que en el fondo lo importante será la *protección de la existencia y mantenimiento de este sistema de protección como parte de un modelo de Estado social*.

La jurisprudencia del TS ha hecho hincapié en esta cuestión, indicando que la defraudación a la Seguridad Social afecta negativamente sobre el gasto público, “lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales”⁷³.

De esta manera, el Derecho penal no podrá ser acusado de ser un mero apéndice instrumental de la acti-

vidad recaudatoria de la Administración⁷⁴, ni tampoco de privilegiar de manera específica el patrimonio de los organismos del Estado⁷⁵ mediante la coacción punitiva. Ahora bien, si tuviéramos que diferenciar entre los diferentes medios a partir de los cuales se ejerce tal protección, deberíamos dar la razón a aquellos que consideran que en el art. 307 CP se encuentra la tutela de la función de recaudación de la Seguridad Social, mientras que el art. 307 ter CP se configura como un delito eminentemente patrimonial. De ello se deriva, como aquí se sostiene, que “el objeto último de protección es el propio sistema de Seguridad Social, contemplado éste en un sentido dinámico, como proceso de recaudación de ingresos (art. 307 CP) y de realización de gastos (art. 307 ter CP)”⁷⁶.

De la adscripción a una u otra postura respecto al bien jurídico protegido se derivan otras consecuencias sobre la conceptualización del delito contra la Seguridad Social: mientras que para las posiciones funcionalistas estaríamos ante un delito de peligro⁷⁷, para las posiciones patrimonialistas hablaríamos de un delito de resultado⁷⁸. Asimismo, también afectaría a la naturaleza jurídica de la cuantía⁷⁹ señalada en el tipo penal (50.000 €): para la posición funcionalista, esta cuantía se configuraría como una condición objetiva de punibilidad⁸⁰, mientras que los seguidores de las posturas patrimonialistas defenderían su ubicación como resultado típico, esto es, como parte del tipo objetivo⁸¹.

La propia Exposición de Motivos de la LO 7/2012 alude a la primera de las posturas cuando admite que

71 Cfr. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 56.

72 Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307 del Código penal”, en *Jornadas de Fiscales Especialistas en Delitos Económicos* celebradas los días 20 y 21 de junio de 2013 en el Centro de Estudios Jurídicos, 2013, p. 2.

73 Cfr. SSTS, de 11 de diciembre de 2002, y de 27 de octubre de 2009.

74 Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 357; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública... *ob. cit.*, p. 83.

75 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 59, quien recoge aquellas opiniones doctrinales que vinculan esta clase de protección penal abusiva con la “prisión por deudas”; así, por ejemplo, para el caso del delito fiscal, Vid. MESTRE DELGADO, E.: La defraudación tributaria por omisión. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 107 y ss.

76 Cfr. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 60.

77 Exceptuando las opiniones de DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social en el Código penal... *ob. cit.*, pp. 77 y 105; y VALLE MUÑOZ, J.M.: “La criminalización del fraude a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 712 y ss., quienes pese a mantener la tesis de la función recaudatoria de la Seguridad Social como bien jurídico protegido, lo consideran como un delito de resultado. Entendiendo que se trata de un delito de peligro abstracto y de mera actividad, PEREZ MANZANO, M., y MERCADER UGUINA, J.R.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en VV.AA.: Comentarios a la Legislación Penal, Tomo XVIII, Madrid, 1997, p. 108.

78 Doctrina actualmente mayoritaria a la que me adscribo, pese a mantener una concepción no exclusivamente patrimonialista del bien jurídico protegido. Vid. por todos, BRANDARIZ GARCÍA, J.A. El delito de defraudación... *ob. cit.*, p. 482; CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 233; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 682.

79 Sobre esta discusión doctrinal, Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 234 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, pp. 75 y ss.

80 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 247; BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 61; MESTRE DELGADO, E.: “Tema 14. Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. y MESTRE DELGADO, E.: Delitos. La parte especial del Derecho penal. Dykinson, Madrid, 2016, p. 561.

81 Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo 1, 1996, p. 168, quien expone que “se trata de un elemento del tipo, ya que por estar en presencia de un delito de resultado

“se reforma el artículo 307 del Código Penal a los efectos de reducir a cincuenta mil euros la cuantía que establece el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad”, si bien posteriormente comete el error de vincular tal cuantía con el desvalor del resultado típico⁸².

La consecuencia práctica de una u otra solución es puesta de manifiesto por DE VICENTE MARTÍNEZ, cuando argumenta que “si se considera la cuantía elemento del tipo será muy difícil incriminar al sujeto activo que en la mayoría de los casos alegará desconocimiento de la exacta cuantía. Por el contrario, si se considera condición objetiva de punibilidad no habrá problema alguno entre el juego infracción administrativa e infracción penal”⁸³.

Respecto al argumento que sostiene que los bienes jurídicos protegidos función recaudatoria⁸⁴ o patrimonio de la Seguridad Social⁸⁵ y, por extensión, el de su finalidad constitucional como sistema prestacional básico en un Estado social (postura aquí defendida), no pueden vulnerarse por la propia insignificancia de un solo comportamiento individual, debe entenderse como superado. Y ello con base en la existencia de la moderna categoría dogmática de los denominados delitos acumulativos en los que la defraudación individual no es tomada desde la perspectiva de su concreta lesividad, sino que lo que se pretende es la evitación del efecto acumulativo que se pueda producir⁸⁶. En cualquier caso, no considero necesario acudir a complejas

construcciones dogmáticas para defender la función preventivo general en esta clase de delitos, cuando de lo que se trata es de proteger una de las garantías de un Estado social que redundan en el bienestar de los trabajadores.

IV. ART. 307 TER CP. DELITO DE OBTENCIÓN INDEBIDA DE PRESTACIONES.

El artículo 307 ter CP encuentra sus antecedentes en el primer Proyecto de Código penal de la Democracia, el de 1980, y en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983⁸⁷. Incorporado por la LO 7/2012, sanciona otros engaños a la Seguridad Social que, debido a las lagunas legales existentes en la anterior regulación, se reconducían a los delitos genéricos de estafa⁸⁸, de apropiación indebida o fraude de subvenciones⁸⁹.

En efecto, como expone HERRANZ SAURÍ, la función protectora del patrimonio de la Seguridad Social desde la perspectiva del gasto, aunque no lo manifestara explícitamente el tipo penal, quedaba incluido en el art. 308 CP relativo al fraude de subvenciones; aunque dicho precepto, a diferencia del anterior, no cita a la Seguridad Social como sujeto protegido, dada su ubicación bajo la rúbrica citada y la indudable inclusión de la Seguridad Social en el concepto “Administración Pública”, ninguna duda hay de que las subvenciones y ayudas otorgadas por la Seguridad Social se encontraban bajo el manto protector del artículo 308⁹⁰; duda

la cuantía exigida es un elemento necesario para la existencia del tipo objetivo. No puede hablarse de condición objetiva de punibilidad por no ser una condición (hecho futuro e incierto) ni la cuantía defraudada a la Seguridad Social se encuentra causalmente desvinculada de su conducta”; Vid. VALLE MUÑOZ, J.M.: “La criminalización del fraude a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, pp. 197 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación a la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 363; CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 239; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 682.

82 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 61, nota al pie nº 113. La jurisprudencia inicialmente fue contradictoria sobre esta cuestión en relación al delito fiscal. Así, la STS de 2 marzo de 1988 entendía que la cuantía era un elemento del tipo, mientras que la STS de 27 diciembre 1990 se inclinaba a pensar que la cuantía era una mera condición objetiva de punibilidad.

83 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 83.

84 Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J.A.A: El delito de defraudación a la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 363.

85 Puesto que, como ha puesto de manifiesto BUSTOS RUBIO, se trata de un argumento que los defensores de la tesis patrimonialista han hecho suyo pero que también se puede aplicar al bien jurídico protegido “patrimonio de la Seguridad Social”; Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 62.

86 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: La regularización... *ob. cit.*, p. 63.

87 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social en la Reforma del Código Penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 853, 2012, p. 6.

88 Aunque se tratara de pronunciamientos bastante limitados, Vid., por ejemplo, STS 10 de febrero de 1995; de acuerdo con este tratamiento para la obtención indebida de prestaciones, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública... *ob. cit.*, p. 192; el mismo: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 692.

89 Sobre esta cuestión, realizando un análisis jurisprudencial sobre la materia, Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, pp. 367 y 368. Al respecto, Vid. SSTS 1197/2001, de 20 de junio y 636/2013, de 13 de julio (“operación Karlos”); STS 42/2015 de 28 de enero; AP Barcelona (Sección 8ª) Auto num. 175/2017 de 2 mayo; AP Barcelona (Sección 8ª) Auto num. 257/2017 de 15 mayo. También Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, pp. 178 y ss.

90 Con la nueva reforma operada por la LO 7/2012 el art. 308 CP pasa a mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de 120.000 €; mientras que cuando se trate de prestaciones del sistema de la Seguridad Social, los comportamientos de defraudación se tipifican en un nuevo precep-

que, de otra parte, sería imposible desde el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo del día 15 de febrero de 2002 donde se estableció que “el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el art. 308 del CP”⁹¹.

Como informa BUSTOS RUBIO, el propio Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de junio 2012, indicaba que el interés jurídicamente protegido en este delito era la indemnidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social⁹². Por otra parte, el propio legislador indica en la Exposición de Motivos de la reforma que el art. 307 ter CP también pretende facilitar la persecución de las nuevas tramas organizadas de fraude contra la Seguridad Social que, mediante la creación de empresas ficticias, tienen por único fin la obtención de prestaciones del Sistema.

Sin lugar a dudas, tal y como se advertía en los anteriores epígrafes, el nuevo delito de obtención indebida de prestaciones supone un expansionismo de la tutela penal, puesto que, como ya advertía HERRANZ SAURÍ, “proporcionará una abundante carga de trabajo a jueces y fiscales al posibilitar la persecución de cualquier tipo de fraude en las prestaciones, sin límite mínimo de carácter económico que justifique la intervención del Derecho Penal; de otra parte, presumiblemente se producirán una cantidad no desdeñable de causas en las que el número de imputados será tan elevado que el manejo de las mismas tanto durante la instrucción como en el enjuiciamiento será especialmente complejo”⁹³.

A diferencia del tipo básico del art. 307 CP, cualquiera puede ser sujeto activo por lo que estamos ante un delito común⁹⁴. No obstante, en la prolongación indebida del cobro de las prestaciones⁹⁵, el sujeto activo solamente podrá ser aquella persona que hubiere recibido legítimamente la prestación económica hasta ese momento, a partir del cual debería haber cesado de percibir las. Asimismo, advierte BUSTOS RUBIO, en el

caso de la modalidad omisiva (ocultación) no está tan claro que estemos ante un delito común, pues sólo podrá resultar típica la conducta de ocultación de hechos cuando en el sujeto pese el deber de informar sobre los mismos⁹⁶.

Las acciones típicas, que analizaré en profundidad más adelante, son la obtención indebida de la prestación o facilitar a otros la obtención de las mismas. La primera confirma un tipo de autoría directo, mientras que la segunda supone un tipo de participación a través de una conducta delictiva “medial” de un tercero.

Aunque el precepto castiga ambos supuestos por igual, algunos autores han sido críticos con la redacción desde el punto de vista de la proporcionalidad. Así, por ejemplo, HERRANZ SAURÍ, explica que, en su opinión, “resulta mucho más grave la conducta de estos últimos al facilitar una estructura que permite multiplicar el daño a los recursos públicos, ya que a través de las denominadas empresas ficticias se facilita a múltiples falsos trabajadores la obtención de prestaciones de la Seguridad Social; sin esas estructuras la dificultad de producción de este delito sería enorme para las personas individuales, quedando su campo de acción reducido a los supuestos de prolongación indebida de la prestación por ocultación de hechos de los que tengan el deber de informar; supuesto de menor entidad que la adquisición indebida de prestaciones. De otra parte, probablemente debería haberse evaluado las diferentes posiciones que, frente a la conducta delictiva, pueden adoptar los autores. Así, quien facilita la estructura (empresa) para la obtención ilícita del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social será una persona que, alejada de cualquier situación de necesidad, obtiene anticipadamente y con poco riesgo un cuantioso beneficio por la aportación económica del resto de autores (falsos trabajadores); en cambio estos últimos, probablemente en una precaria situación económica, deben realizar una “inversión” sin que tengan garantizado que la Seguridad Social les va a conceder la pretendida prestación. Sin perjuicio de la posi-

to, el artículo 307 ter CP. Al respecto, Vid. JAÉN VALLEJO, M.: “El fraude de prestaciones por desempleo constituye una conducta prevista en el art. 308 CP, por razón del principio de especialidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, Nº 4, 2002.

91 Vid. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 2.

92 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 183.

93 Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 1.

94 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 693; DÍAZ MORGADO, C.: “Delitos contra la Seguridad Social (arts. 307-307ter)”, en CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V.: Manual de Derecho penal, económico y de empresa. Parte General y Parte Especial (adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código penal). Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 473.

95 Sobre esta modalidad de comisión, Vid. STS 425/2017, de 13 de junio, que, además, expone: “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 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”.

96 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 197, nota al pie nº 394.

ble apreciación de las atenuantes previstas en la parte general del Código Penal, creo que existe una mayor maldad, digna de una adecuada respuesta punitiva, en el falso empresario que en los falsos trabajadores. Las empresas ficticias dan de alta en el sistema de la Seguridad Social a personas que, en realidad, no son sus trabajadores, como a pesar de presentar puntualmente los boletines de cotización no ingresan cantidad alguna estas pseudo-empresas no sufren ninguna merma patrimonial, antes al contrario, suelen cobrar de los futuros beneficiarios una cantidad por su colaboración, pasado un tiempo, el necesario para la adquisición al derecho a la prestación pretendida, los pseudo-trabajadores solicitan esa prestación⁹⁷.

Ciertamente, la distinción realizada por el Fiscal Decano de la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial de Madrid es muy elocuente. Sin embargo, lo cierto es que la regulación del art. 307 ter CP no realiza distinción alguna entre el delito de facilitación en sus dimensiones individual (por muy compleja que sea la ejecución del hecho delictivo en este nivel) o colectiva (empresas ficticias). Por otra parte, tampoco se tiene en cuenta la diferente posición socioeconómica de ambos tipos de autor. Esta circunstancia ahonda en la criminalización de la situación precaria de los trabajadores, sumándose a las demás críticas que ya he tenido oportunidad de señalar sobre la desigualdad de tratamiento “de clase social” introducido por este delito.

Y ello a pesar de que en la propia presentación parlamentaria de la LO 7/2012 el aún Ministro de Justicia, RUIZ GALLARDÓN, anunciara para la conformación de este tipo penal que “estamos pensando, señorías, en las sociedades ficticias, que son aquellas que crean simulaciones de contratación con la única finalidad de estafar al sistema. Quiero dejar muy claro que con esto no criminalizamos al perceptor de las prestaciones, de ninguna de las maneras; no criminalizamos a aquel perceptor que carezca de una voluntad dolosa. Al contrario; no se trata de ninguna de las formas de ensañarse con las conductas leves en las que no existe ánimo de defraudar. Recuerdo, sin ánimo de defraudar no hay delito. Es un elemento necesario para la configuración como delito. Esas conductas naturalmente

que tienen reproche, pero no por vía penal sino en vía administrativa⁹⁸. Si verdaderamente tal era la intención del legislador, la técnica legislativa escogida es, cuanto menos, discutible desde el punto de vista de la proporcionalidad.

En la modalidad de facilitación puede darse la presencia de dos elementos personales: el favorecedor de la obtención de la prestación, que podrá ser tanto una persona física como jurídica, y el directamente favorecido por ella, que solamente podrá ser una persona física⁹⁹. El sujeto pasivo será la Administración Pública que gestione la prestación a la Seguridad Social objeto de defraudación: INSS, CC.AA., SPEE, FOGASA, TGSS, etc.

El tipo penal se refiere de manera genérica a “prestaciones del Sistema de Seguridad Social” como objeto material, de forma que incluye también el fraude de pensiones¹⁰⁰. La STS 42/2015 de 28 de enero precisó que el art. 307 ter CP “se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto al delito de estafa en las defraudaciones que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones¹⁰¹”.

La prestación debe ser “indebida”, es decir, se trata de un elemento normativo del tipo penal que, de manera análoga a lo expuesto en el art. 307 CP, puede entenderse como aquélla a la que el sujeto no tiene derecho en virtud de lo dispuesto en la legislación de la Seguridad Social¹⁰².

Al tratarse de una ley penal en blanco, será necesario acudir a la legislación específica para interpretar el elemento objetivo del tipo “prestaciones del Sistema de la Seguridad Social”. Las prestaciones son un conjunto de medidas que pone en funcionamiento la Seguridad Social para “prever, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren¹⁰³”. Según se indica en la propia página web explicativa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, las prestaciones pueden ser de cuatro clases¹⁰⁴:

a) Pensiones, son prestaciones económicas de devengo periódico y de duración vitalicia o hasta alcanzar una edad determinada.

97 Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 17.

98 Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, N° 69, 30 de octubre de 2012, p. 12.

99 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 376.

100 Sobre el significado normativo de las prestaciones, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, pp. 186 y 187.

101 Al respecto, también Vid. SAP Soria, de 18 de enero de 2016; Vid. MESTRE DELGADO, E.: “Tema 14. Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social...” *ob. cit.*, p. 560; AYALA GÓMEZ, I.: “Delitos contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 746.

102 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 185.

103 Vid. http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Accionprotectorapre12778/index.htm (consultado el 11/09/2017).

104 Vid. http://www.seg-social.es/Internet_1/PortalEducativo/Profesores/Unidad3/Conceptoclasesycaracteres/index.htm (consultado el 11/09/2017).

b) Subsidios, prestaciones de devengo periódico y de duración temporal.

c) Indemnizaciones, prestaciones económicas abonables por una sola vez.

d) Otras prestaciones, como las prestaciones por desempleo y la protección familiar de carácter no económico.

Como características principales de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social pueden señalarse los siguientes:

a) Son públicas, ya que integran el régimen público de Seguridad Social al que se refiere el artículo 41 de la Constitución.

b) Son intransmisibles e irrenunciables, ya que los beneficiarios no pueden transmitir su derecho ni renunciar a ellas, con independencia del ejercicio del derecho de opción en caso de incompatibilidad de prestaciones.

c) Gozan de garantías frente a terceros, es decir, que no pueden ser objeto de retención, compensación o descuento, salvo en los casos establecidos (obligaciones alimenticias, deudas contraídas con la propia Seguridad Social...).

d) Sólo pueden ser embargadas en los términos y cuantías fijados por la Ley de Enjuiciamiento Civil para las pensiones y rentas de naturaleza salarial.

e) Son de cobro preferente, tienen el carácter de créditos con privilegio general.

f) Tienen un tratamiento fiscal específico, por cuanto que están sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladas de cada impuesto”.

La acción protectora del sistema de Seguridad Social comprende, *ex art. 42 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en la letra anterior.

c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; muerte y supervivencia; así como las que

se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.

2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.

3. La acción protectora comprendida en los apartados anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los especiales de la Seguridad Social, así como de las prestaciones no contributivas.

4. Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios recogidos en el artículo 2.

Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las comunidades autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

Además de ello, también deberán tenerse en cuenta las prestaciones de otros regímenes especiales que forman parte del sistema de Seguridad Sociales, tales como el régimen de funcionarios públicos, civiles y militares¹⁰⁵.

Como puede apreciarse, quedan integradas en el tipo objetivo tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas. Además de las prestaciones económicas cabría incluir la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios sociales que, en realidad, son prestaciones en especie pero que tienen una indudable repercusión económica. En opinión de ARRUEBO LAFUENTE, que de ello no hay ninguna duda lo ratifica el art. 307 ter.3, atinente a la causa de anulación de la pena por regulación, que habla “del que reintegre cantidad equivalente al valor de la prestación recibida”¹⁰⁶.

Se exige un perjuicio a la Administración pública, por lo que nos encontramos de manera más clara ante la protección directa del patrimonio contra la Seguridad

105 Al respecto, ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, pp. 373 y 374.

106 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 372. En este último caso, advierte el autor, será necesaria su previa cuantificación con arreglo a los criterios economicistas al uso que sumen honorarios de los profesionales, sanitarios o no, intervinientes en el proceso, así como los hospitalarios, quirúrgicos y farmacéuticos prestados para la asistencia sanitaria protocolaria establecida en el Sistema Nacional de Salud.

Social, siendo un delito inequívocamente perteneciente a la categoría de resultado, por lo que cabe la tentativa¹⁰⁷. Sin embargo, algunos autores entienden que el delito se consumará cuando se obtenga la resolución administrativa de concesión de la prestación que es la que otorga el derecho al disfrute de la prestación, sin que crea sea necesario el inicio de su disfrute mediante el cobro de cantidades u otras prestaciones¹⁰⁸.

Será necesario establecer la relación de causalidad entre el engaño, la inducción a error en la Administración y el perjuicio patrimonial final, así como la imputación objetiva, acreditando el riesgo jurídicamente relevante¹⁰⁹ y el fin de protección de la norma.

En el tipo básico no se exige cuantía alguna, por lo que, como ya he tenido oportunidad de mencionar, se comete el delito cuando se produce la defraudación, independientemente el monto total de la misma. Esta cuestión ha sido objeto de importantes críticas por parte de un amplio sector de la doctrina, que estima que se debería haber recogido una cuantía mínima que consagrara el principio de intervención mínima del Derecho penal¹¹⁰. En la redacción primigenia del precepto se incluyó que la defraudación debía ser grave, cuestión que también tuvo una importante oposición en los informes del Consejo General del Poder Judicial siendo un término jurídicamente abstracto que podía poner el peligro la seguridad jurídica¹¹¹.

Como ha expuesto ARRUEBO LAFUENTE, el precepto introducido por la reforma de 2012 acomete la defraudación aislada, puntual, personal, de una pres-

tación de Seguridad Social y, por otra parte, castiga la defraudación “en masa” o “a gran escala”, mediante la creación de “entramados criminales, en los que la norma aprecia una superior intensidad antijurídica en el dolo inicial que distingue a los promotores de la empresa”¹¹².

Las modalidades básicas de comisión son dos: la obtención indebida de las prestaciones; y la prolongación indebida de las que ya se vinieran legítimamente disfrutando cuando cesa la razón por la cual se conceden. *Obtener*, pese a que en un sentido semántico también ofrece el significado de “mantener” o “conservar”, se interpreta como “conseguir” o “lograr” desde cero (por primera vez) las prestaciones de manera fraudulenta —esto es, a través del engaño—. *Prolongar* equivale a “alargar, dilatar o extender” o “hacer que dure algo más tiempo de lo regular”¹¹³. Sobre esta última conducta, advierte BUSTOS RUBIO, puede generar duda si solamente quedará dentro del tipo penal quien la solicita o también resulta punible la obtención para un tercero de la prolongación de la prestación. El autor citado considera que pueden ser típicas ambas modalidades mediante la fórmula “para sí o para otro”, incluida en la redacción del precepto¹¹⁴.

Como se indicaba *supra*, el perjuicio para la Administración pública debe conseguirse a través de un ardid, del engaño, que puede consistir tanto en una conducta activa como omisiva: mediante la simulación o tergiversación de hechos o la ocultación consciente de hechos de los que se debía informar¹¹⁵. En cualquiera

107 El problema, como acertadamente expone HERRANZ SAURÍ será determinar qué actos pueden ser aptos para integrar la tentativa punible. Así, para el Fiscal Decano, “la presentación del documento de petición de prestaciones con la alegación de los requisitos necesarios y el acompañamiento de documentos (inveraces) que los acrediten constituirá tentativa, salvo que aquellos documentos sean manifiestamente insuficientes para provocar el error en la administración (tentativa imposible o inidónea). Pero hay campos de actuación que pueden resultar más difíciles de interpretar; por ejemplo si la Seguridad Social detecta y denuncia la existencia de una empresa ficticia (que da falsamente de alta a personas que en realidad no son trabajadoras) antes de que los supuestos trabajadores soliciten las prestaciones, parece que si todo es falso (empresa y trabajo) podemos hablar de un inicio de ejecución de este delito; pero en otros casos el alta ficticia de trabajadores puede deberse a otros fines como la obtención de un permiso de residencia, la evitación de una orden de expulsión o la introducción de familiares (hijos o padres) en territorio nacional en cuyo caso la conducta no sería incardinable en este tipo penal”; Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 17.

108 Vid. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 17.

109 Acerca de algunas de las problemáticas de la causalidad en este delito, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 202.

110 De manera pormenorizada, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, pp. 196 y 197; HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 18.

111 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, p. 286.

112 Cfr. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 366.

113 Vid. Diccionario de la RAE, 23ª Ed. Voces “obtener” y “prolongar”.

114 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 189.

115 De ahí que la defensa a ultranza en la discusión parlamentaria de la LO 7/2012 por parte de RUIZ GALLARDÓN orbitara alrededor de argumento de sancionar únicamente “a quienes engañan para obtener una prestación indebida, un elemento claramente diferente (...). No es lo mismo percibir indebidamente una prestación que engañar para percibirla. Esa es la conducta que nosotros metemos en el Código Penal porque existe un dolo de engañar, existe una voluntad de defraudar. No es el hecho de percibirla indebidamente, es percibirla como consecuencia del engaño que ha realizado esa persona. (...) en el fraude de prestaciones se trata de que se engaña para llevarse de la caja de todos algo a lo que no se tiene derecho; es decir, se estafa”; Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, Nº 69, 30 de octubre de 2012, p. 18.

de los dos supuestos se induce a error en los órganos de la Administración pública¹¹⁶. Cabe el error de prohibición invencible si verdaderamente no se pudo llegar a conocer la obligación de informar¹¹⁷.

Existen claros paralelismos con el delito de estafa¹¹⁸, si bien en el supuesto de los delitos contra la Seguridad Social el concepto engaño no se utiliza exactamente en los mismos términos. En este sentido, en los últimos años se ha producido cierto giro jurisprudencial sobre el significado de engaño en esta clase de ilícitos. Mientras que la STS de 12 marzo 1986, indicaba que “fraude” equivale semánticamente a “engaño” o a “acción contraria a la verdad o a la rectitud”, “defraudación”, a “acción o efecto de defraudar”, y “defraudar”, siendo palabra polisémica, en su acepción más ajustada al caso, a “cometer un fraude en perjuicio de alguno”¹¹⁹ y, por tanto, lo relevante sería la inducción a error en la TGSS, interpretándose que en toda defraudación a la Seguridad Social concurre un “mecanismo engañoso o *mise en scene*, una maniobra falaz susceptible de inducir a error”¹²⁰; actualmente, advierte la jurisprudencia, el significado de engaño no debe equipararse aquí al de la estafa¹²¹, en cuyo delito la mendacidad ha de conducir a un acto de disposición patrimonial¹²². Más aún, la STS 1333/2004 de 19 de noviembre dejó claro que en este caso el verbo defraudar debe entenderse en su significación actual, que no hace referencia al engaño, sino a “privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca por derecho” o, directamente, “eludir o burlar”. Por tanto, para esta clase de delitos los verbos eludir y defraudar tendrían un significado análogo¹²³.

Ello hace dudar del alcance conceptual del engaño en el art. 307 ter CP que, en todo caso, quedará circuns-

crito a las modalidades comisivas indicadas en el tipo penal¹²⁴:

a) *Simular*: supone representar, fingir o imitar la situación que abriría la posibilidad de beneficiarse de las prestaciones¹²⁵. Estamos en este caso ante la modalidad que más se parece al concepto de engaño de la estafa, pues nos remite a una representación o a cierta teatralidad para inducir a error a la Administración pública.

b) *Tergiversar*: dar una interpretación forzada, errónea o trastocar el supuesto de hecho que impediría ser beneficiario de las prestaciones, para convertirlo en un acontecimiento favorable a la obtención de las mismas. Básicamente, se trata de una modalidad de engaño en el que se convierte o se muda de forma torticera una situación, desfavorable a la adquisición de las prestaciones, por otra favorable a su obtención.

c) *Ocultar*: esconder, disfrazar u omitir la información acerca de los hechos sobre los que tenía obligación de informar. Estamos ante una modalidad de omisión que supone una infracción del deber. La STS 661/1995 de 18 de mayo ya dejó claro que “el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales”. El engaño puede ser activo o positivo u omisivo o pasivo, mediante el deliberado ocultamiento de datos o circunstancias que existiendo en la realidad, desconoce la Seguridad Social y cuyo conocimiento es decisivo para evitar la disposición patrimonial. En estos supuestos, el engaño consiste en la falta de comunicación de la situación por la que debe cesar la prestación, siendo esta omisión la que determina el acto de disposición materializada a través de los pagos de la correspondiente pensión y ello con independencia de que los controles por parte del INSS hayan fallado e, incluso, exista un comportamiento negligente por par-

116 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 693.

117 Sobre el error de prohibición en este delito, Vid. SAP Barcelona (Sección 9ª) 943/2016 de 7 diciembre.

118 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, p. 285; Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 188. De hecho, la jurisprudencia reciente ha indicado que nos encontramos ante un delito que se configura como ley especial en relación con el delito de estafa; al respecto, Vid. SSTS 42/2015, de 28 de enero y 1030/2013 de 28 de noviembre; DÍAZ MORGADO, C.: “Delitos contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 473. De hecho, la SAP Barcelona (Sección 9ª) 943/2016 de 7 diciembre, indica que estamos ante “una especie de estafa privilegiada”.

119 Seguía esta anterior interpretación MORENO MÁRQUEZ, A.M.: “Delitos contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 42.

120 Cfr. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 165. Recogiendo esta posición doctrinal mayoritaria, Vid. CHAZARRA QUINTO, M.A.: Delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 219 y nota al pie nº 437. En contra, no obstante, Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, pp. 234 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Delitos contra la Seguridad Social”, en VV.AA.: Derecho penal del trabajo y Derecho administrativo sancionador. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1993, p. 55.

121 Sobre esta cuestión, Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, pp. 36 y ss.

122 Vid. STS 1046/2009, de 27 de octubre; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 676.

123 Vid. MAGRO SERVET, V.: Delitos socioeconómicos. Lefebvre El Derecho. 3ª Ed., Madrid, 2016, p. 534.

124 Vid. Diccionario de la RAE, 23ª Ed., Voces “simular”, “tergiversar” y “ocultar”. De la misma opinión, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 192.

125 Para un ejemplo de esta modalidad, si bien se desestima la condena al considerar que no existió fraude, Vid. AP Girona (Sección 4ª) Auto núm. 499/2017 de 12 septiembre.

te de la entidad bancaria a través de la que se efectúen los pagos (lo que, en todo caso, determinará su condena como responsable civil subsidiaria)¹²⁶.

A diferencia de lo que sucede en la estafa, ninguna de las modalidades de engaño se adjetiva con el término “bastante”¹²⁷, si bien el precepto deja claro que, a través de los mencionados métodos, se consiga causar un perjuicio patrimonial a la Administración Pública. Tal y como indica la STS 425/2017, de 13 de junio, ciertamente en alguna ocasión se ha excluido el requisito de engaño del delito de estafa en algunos casos de extrema negligencia por parte de la persona engañada, cuando se incumple algo que ordinariamente se observa por constituir una obligación específica de los deberes profesionales y de ejercicio habitual en cada caso; no obstante, “esto no ocurre con el cobro de una pensión de la Seguridad Social cuyo derecho se ha extinguido por fallecimiento de su titular. En estos casos no hay un deber habitual del funcionario correspondiente de examinar cada mes la edad de la titular del derecho o su supervivencia. Y esta resolución consideró el engaño consistente en ocultar el fallecimiento como idóneo y bastante y determinante del acto de disposición consistente en el pago del importe de la pensión”.

Más compleja es la interpretación de la tercera modalidad comisiva, esto es, la de facilitar a terceros la obtención indebida de prestaciones. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el propio tipo penal ya establece que el beneficiario del delito no tiene por qué ser el propio sujeto activo (“para sí o para otro”), equiparando a efectos penales al autor beneficiado con el autor no beneficiado de dicho fraude¹²⁸. En segundo lugar,

como ha expuesto MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, con esta inserción se posibilita que comportamientos que pueden ser calificados como una mera participación cómplice se eleven a la categoría de autoría¹²⁹.

En cuanto a la parte subjetiva del tipo penal, estamos ante una conducta dolosa que no admite comisión imprudente ex art. 12 CP. Algunos autores entienden que se exige el elemento subjetivo específico de ánimo de lucro¹³⁰, tal vez deduciéndolo de la propia modalidad comisiva “obtener” o “prolongar” el cobro de prestaciones indebidas. No obstante, nada se indica expresamente en el tipo penal acerca de este extremo y, en mi opinión, la modalidad de facilitación no requiere necesariamente tal *animus* específico.

Respecto al elemento subjetivo, la jurisprudencia lo ha identificado como el consistente en el conocimiento por el sujeto activo de que la Seguridad Social, de manera inicialmente errónea o una vez finalizada la razón por la cual se ingresa la prestación, continúa ingresando la prestación y que se infiere naturalmente de los elementos objetivos que figuran en el relato fáctico¹³¹.

El artículo cuenta también con un tipo muy atenuado (art. 307 ter.1 CP) para aquellos supuestos que no revistan especial gravedad, concepto indeterminado y que hace alusión a la cuantía de lo defraudado¹³², los medios empleados y las circunstancias personales del autor (extrema necesidad, deficitario nivel educativo, económico o social, haber solicitado sin obtenerlo lícitamente prestaciones por la falta de escasos requisitos o por mínimos periodos de carencia pendientes de completar¹³³, etc.). En mi opinión, respecto a este último dato, aunque se autoriza un balance global de estas

126 Vid. STS 425/2017 de 13 junio, que, además, indica: “El incumplimiento de la obligación legal de comunicación configurada en el plano procedimental dará lugar a otro tipo de responsabilidades para los incumplidores. Pero en el ámbito de la responsabilidad penal del acusado lo determinante es haber mantenido en el engaño tanto a la Seguridad Social como a la entidad bancaria para, gracias a ello, seguir percibiendo una pensión que no le correspondía, sin que tal actuación pueda ser calificada simplemente de “temeraria” como se apunta en este motivo de recurso, al tratarse de un ocultamiento consciente y deliberado de un hecho esencial para poder seguir disfrutando de una pensión que no le correspondía”.

127 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter...” *ob. cit.*, p. 377.

128 Vid. GÁMEZ SELMA, A.: “Doble vara contra el fraude...” *ob. cit.*

129 Además, el autor citado expone que los funcionarios encargados de gestionar la solicitud de las prestaciones no pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad de “facilitar” la obtención, por dos razones: en primer lugar, porque cometerían el delito de malversación de caudales públicos (y, tal vez, el de prevaricación); y, en segundo lugar, porque el tipo penal requiere que se engañe a la Administración pública; Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 693; al respecto, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 190, quien expone que, a pesar de la desproporción aparente entre esta conducta y la obtención efectiva de las prestaciones indebidas, “ello encuentra explicación satisfactoria. La conducta consistente en facilitar a otros la obtención indebida de una prestación social puede ser incluso más dañosa para el sistema prestacional y el patrimonio de la Seguridad Social que la consistente en la obtención propia de una determinada prestación si pensamos en supuestos que vayan más allá de la simple complicidad en un hecho delictivo”.

130 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 376.

131 Vid. STS 425/2017 de 13 junio.

132 Cuestión bastante criticada desde la óptica de la seguridad jurídica, Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 172.

133 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 380.

circunstancias sin que sea necesaria una conjunción de las mismas para conseguir la atenuación¹³⁴, deberían primar consideraciones de tipo socio-económico¹³⁵ que deberán ser aportadas por el propio imputado, sin perjuicio de la posible averiguación de oficio por parte del Ministerio Fiscal o el juzgador.

No se ha incluido, como se indicaba *supra*, alusión alguna a una cuantía a partir de la cual la conducta pueda ser despenalizada acorde con el principio de insignificancia. De este modo, el legislador ha querido castigar la obtención indebida de prestaciones desde el primer euro, desoyendo algunas propuestas técnicas que abogaban por definir una cuantía mínima para considerar la conducta como delictiva o, como propuesta alternativa, incluir dentro del tipo atenuado una *escasa cuantía* en los mismos términos que en otros delitos patrimoniales¹³⁶.

Además de ello, explica VIDALES RODRÍGUEZ, tampoco se ha tenido en cuenta la propia naturaleza de las prestaciones, muchas de ellas relacionadas con subsidios básicos de desempleo, maternidad, etc. En tales circunstancias, indica la autora citada, el recurso al Derecho administrativo hubiera sido más eficaz. Ciertamente es que la pena mantiene un cariz más intimidante, pero como ya se ha indicado, el tratamiento penal convive con posibilidades de atenuación e, incluso, cancelación de la sanción, por lo que “obliga al legislador a ser especialmente cauto con el fin de evitar la sospecha de que estamos ante la criminalización de la pobreza porque, de ser así, merecería una condena sin paliativos”¹³⁷.

También se refleja un subtipo agravado (art. 307 ter.2 CP) cuando el valor de la cuantía sea superior a 50.000 € o el delito se haya cometido por una organización o grupo criminal o mediante la interposición de personas físicas o jurídicas, en términos análogos a los utilizados para el precepto básico¹³⁸.

En el supuesto de existencia de estructura organizada o grupo criminal, sorprende el tratamiento unitario de ambas figuras desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Como indica GÓMEZ PAVÓN para el supuesto del tipo básico, la mención a organización o grupo criminal se convierte en un elemento normativo del tipo que nos remite al art. 570bis CP¹³⁹.

La reciente jurisprudencia ha venido diferenciando ambas figuras que mantienen una conceptualización muy aproximada¹⁴⁰. Así, nuestro TS ha argumentado que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo del grupo criminal frente a la organización. Un desvalor que, conforme a esta línea jurisprudencial, puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión¹⁴¹.

Señala la jurisprudencia posterior a las reformas que cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones de carácter transitorio “o que actúan” aun de “modo ocasional” que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo su-

134 Vid. AYALA GÓMEZ, I.: “Delitos contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 747.

135 Sobre el análisis de esta circunstancia, Vid. CÁMARA ARROYO, S.: “Justicia social y derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, 2015, pp. 237-275.

136 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 380.

137 Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Derecho penal del amigo...” *ob. cit.*, p. 286.

138 Sobre esta cuestión, Vid. SAP Granada 184/2013, de 8 de marzo y los comentarios de BUSTOS RUBIO, M.: “Luces y sombras...” *ob. cit.*, pp. 177 y ss.; el mismo: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, pp. 180 y 181.

139 Vid. GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 104. El actual art. 570 bis CP define a la organización criminal como: “La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Por su parte el art. 570 ter CP in fine describe el grupo criminal como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”. Tras la reforma operada por LO 1/2015 se eliminaron las referencias a las faltas.

140 La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS 309/2013, de 1 de abril; STS 855/2013, de 11 de noviembre; STS 950/2013, de 5 de diciembre; STS 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS 371/2014, de 7 de mayo o STS 426/2014, de 28 de mayo.

141 Vid. STS 289/2014, 8 de abril. Siguiendo la misma, se explica que “la incorporación de este nuevo tipo penal es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión Marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo”.

ficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia¹⁴².

Esta cuestión nos lleva a la problemática de diferenciar la figura de grupo criminal de la coautoría en los delitos de defraudaciones a la Seguridad Social. Sobre esta cuestión, la reciente jurisprudencia ha indicado que interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo¹⁴³, la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito¹⁴⁴.

En el mismo sentido, la STS 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinquencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta definir el grupo organizado como una asociación de personas “no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”.

En el caso del tipo cualificado por persona interpuesta que dificulte la investigación del fraude a la Seguridad Social requiere que quede oculta la identidad del verdadero obligado al pago¹⁴⁵ y su apreciación exigirá que se haya buscado tal “pantalla”¹⁴⁶ o situación confusa con el propósito de cometer el hecho delictivo. De

142 Vid. STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de febrero de 1997 y 10 de marzo de 2000.

143 La STS. 309/2013 nos indica que la codelinquencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por “grupo delictivo organizado” (organización) se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por “grupo estructurado” (Grupo) se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

144 Vid. STS 714/2016 de 26 septiembre.

145 Para BRANDARIZ GARCÍA pueden distinguirse dos tipos de casos: creación de un obligado frente a la Seguridad Social, de un empleador ficticio que oculta al verdadero obligado; y, el segundo supuesto, es el de administradores de paja, testaferros, etc.; BRANDARIZ GARCÍA, J.A.: El delito de defraudación... *ob. cit.*, p. 605 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P.: “El delito de defraudación a la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 106.

146 De hecho, afirma DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: Los delitos contra la Seguridad Social... *ob. cit.*, p. 117, que probar tal circunstancia cuando se interponen personas jurídicas a modo de pantalla no a va resultar sencillo, incluso debiendo acudir a la conocida doctrina del “levantamiento del velo”. Sobre la llamada doctrina del “Levantamiento del Velo” (expresión que es adaptación de la anglosajona “*Disregard*” y de la germana “*Durchgriff*”; tal metodología fue adoptada primero por nuestra jurisdicción civil —STS Sala 1ª del de 28 mayo de 1984— y fue incorporada por primera vez a la penal mediante STS de 24 julio de 1989), viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. No estamos, por tanto, en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos, sino de un criterio de verificación de la tipicidad (STS 274/1996, de 20 de mayo). Tal y como ha expuesto el TS, gracias a este método podemos prescindir del “ropaje jurídico en la forma de adquisición” y trascender de la “realidad jurídica aparente a la real, declarando y poniendo al descubierto la verdadera situación en aras a la realización de la justicia material, en su dimensión patrimonial” (STS 1074/2004, de 18 de octubre). De este modo, la teoría del levantamiento del velo permite “considerar las relaciones económicas reales que se encuentran detrás de una formalidad jurídica” (STS 991/2002, de 31 de mayo), esto es, “eliminar la ficticia estructura societaria y descubrir la realidad patrimonial del recurrente, verdadero y único titular de los bienes” (STS 974/2012, de 5 de diciembre).

Ciertamente, la doctrina del Levantamiento del Velo “proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete fraude de Ley, o se perjudican derechos de terceros, escuchándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.” (SSTS 801/2005, de 15 de junio; 986/2005, de 21 de julio; 1226/2006 de 15 de diciembre; 1027/2007, de 10 de diciembre; 974/2012, de 5 de diciembre).

Tal forma de actuar, que pretende buscar la verdad material en el proceso penal, “mirando la sustancia y despreciando la forma”, “tiene plena vigencia en cualquier sistema que quiera abortar maniobras en fraude del derecho o con abuso manifiesto del mismo. En materia de sociedades, esta exigencia y rigor es todavía más justificado, en cuanto que el sistema económico y su estabilidad, se asientan sobre la transparencia, fiabilidad y lealtad de la vida mercantil y financiera, lo que obliga a rechazar cualquier conducta falsaria o fraudulenta, tanto por la vía civil como por la penal” (STS 1504/2003, de 25 de febrero).

esa manera, sostiene SUÁREZ ROBLEDANO, se institucionaliza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en el ámbito penal y de forma expresa¹⁴⁷.

Uno de los supuestos que encajan con el tipo agravado es el de creación de empresas ficticias o simuladas. Para la identificación de esta clase de empresas pantalla en cualquiera de los tipos penales aquí reseñados, en diversos trabajos se han dado a conocer algunos indicios de existencia de empresa simulada. Tales indicios, expuestos de forma sintética por ARRUEBO LAFUENTE deberán ser analizados mediante una metodología analítica no fragmentaria, siendo necesaria una valoración interrelacionada de los mismos¹⁴⁸:

a) La creación sucesiva de empresas mediante cambios no transparentes que constituyen una trama pensada para conseguir mayor impunidad.

b) Descubierta de cuotas de Seguridad Social desde su inscripción.

c) Los que aparecen como empresarios son personas incursas en supuestos de exclusión social, o penados en posición de absoluta insolvencia.

d) Empresarios que carecen de antecedentes de actividad mercantil alguna o en ese sector.

e) Breve duración de la relación laboral, casi siempre previa al acceso de prestaciones generalmente de desempleo.

f) Ausencia de antecedentes laborales por parte de los trabajadores.

g) Inexistencia de vinculación laboral anterior de los trabajadores al sector al que se dedica la empresa.

h) Existencia de largos periodos de inactividad laboral.

i) Existencia previa de relaciones laborales simuladas.

j) Domicilios coincidentes o que se encuentran próximos al del empresario o al de otros trabajadores.

k) Residencia del trabajador en provincias distintas a aquellas en la que se produce la prestación laboral.

l) Vinculación a Códigos de Cuenta de Cotización en distintas provincias de los trabajadores.

m) relación de parentesco con el empresario o con otros trabajadores.

A la sazón, expone LOZANO ORTÍZ que es frecuente el caso en que la única empresa real existente se fraccione formalmente en varias, normalmente sociedades ficticias, al objeto de ocultar el verdadero obligado al pago y de dividir la cuota no alcanzando la cuantía mínima que exige el tipo penal y dificultando la recaudación a la Seguridad Social. En este supuesto, no sólo será el empresario real el que cometerá el hecho delictivo, sino también aquellos cuya cooperación ha sido esencial para la infracción, como serían los socios o testaferros ficticios de las sociedades¹⁴⁹. Esta modalidad de defraudación ha sido una de las más aplicadas por los tribunales, por lo que de seguir así el autor citado afirma que el tipo agravado se convertirá en el de normal aplicación en la práctica¹⁵⁰.

Ya nos hemos referido con anterioridad a las críticas sobre la cuantía establecida. En cuanto a la justificación de la cuantía en este subtipo agravado, ARRUEBO LAFUENTE explica: “esta cifra no es casual y se conecta con el importe de la defraudación del artículo 307 CP de delito contra la Seguridad Social y, en ambos, la fuente primera se encuentra en el contexto comunitario en el que el legislador penal se debe situar. Y este contexto no es otro que el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 26 de julio de 1995, que entiende que debe considerarse como fraude grave que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea, cualquier fraude que afecte a un montante mínimo de 50.000 €. (...) Paralelamente, debe apuntarse como justificación de la cuantía elegida la cifra coincidente que figura en el artículo 250.6 en el proyecto de reforma del CP sobre la estafa, que en tantos aspectos se muestra como idóneo marco de comparación”¹⁵¹.

Los principales requisitos de la doctrina del Levantamiento del Velo son: a) el control de varias sociedades por parte de una misma persona; b) operaciones vinculadas entre dichas sociedades; c) carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones (STS 83/2011, de 1 de marzo).

De este modo, es fundamental el dato de que todas las sociedades actuaban de manera conjunta, lo que supone que aunque cada una tuviera personalidad jurídica propia, todas ellas formaban un conjunto empresarial que operaba como tal en el tráfico mercantil. El levantamiento del velo en estos términos, justifica y fundamenta la responsabilidad civil subsidiaria y solidaria de cada una de las entidades beneficiadas por el delito (STS 624/2007, de 5 de julio). En algunas ocasiones, la multiplicidad de entidades mercantiles es un mero espejismo, derivándose todos los beneficios patrimoniales de las sociedades pantalla a una “caja única” (STS 217/2013, de 12 de marzo).

147 Vid. SUÁREZ ROBLEDANO, J.M.: “Transparencia en materia penal: comentario a la reciente reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, en *Revista española de Control Externo*, Vol. XIV, N.º 42, 2012, p. 191.

148 Vid. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, p. 383.

149 Vid. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 342.

150 Vid. LOZANO ORTÍZ, J.C.: “El nuevo delito contra la Seguridad Social...” *ob. cit.*, p. 362.

151 Cfr. ARRUEBO LAFUENTE, I.: “Comentarios al artículo 307 ter del Código penal...” *ob. cit.*, pp. 381 y 382.

Pese al argumento esgrimido por el autor, lo cierto es que no se explica por qué si la conducta de defraudación es cometida por el empresario conforme a lo dispuesto en el art. 307 CP estamos ante un tipo básico y si se trata de la obtención ilegítima de prestaciones nos encontramos ante un tipo agravado. Para justificar esta diferencia podría atenderse a la mayor dificultad para el trabajador de llegar a defraudar una cuantía tan grande, lo que merecería una agravación de la conducta. Sin embargo, la pena se equipara bastante a la que encontramos en el art. 307 CP ante la misma cuantía defraudada, siendo algo mayor en el caso de la obtención ilegítima de prestaciones (¿?). Tampoco queda justificado el que no se haya introducido una cuantía mínima a partir de la cual pueda ser considerada la conducta como delictiva (se indica una cuantía a partir de la cual estamos ante un fraude grave, pero ninguna se considera irrelevante a efectos penales).

Los apartados 4 y 5 del art. 307 ter CP incluyen normas análogas a las de los tipos penales del art. 307.4 y 6 CP. Se trata de cuestiones de carácter material y procedimental: la existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos que se tipifican en este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el

Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

En este sentido, tal y como expone HERRANZ SAURÍ, “la extensión desmesurada, impropia de los tipos que hasta ahora se conocían en el Código Penal, quizá debiera merecer una reflexión, si la redacción es la misma nada hubiera impedido, al igual que se hace en el artículo 307 bis 2 (o, más explícitamente, en el propio apartado 6º de este 307 ter), una remisión a lo dispuesto en los apartados correspondientes del artículo 307. No se me alcanzan cuales pueden ser las razones para no haberlo hecho, pues la circunstancia de que se persigan otro tipo de conductas a las previstas en el tipo básico no me parece impedimento que justifique la presente redacción”¹⁵².

Finalmente, también se incluyen la causa de anulación de la pena¹⁵³ cuando se proceda al reintegro de la prestación¹⁵⁴ (art. 307 ter.3 CP) y la atenuación facultativa basada en la reparación del daño o en la colaboración con la Administración de Justicia (art. 307 ter.6 CP). La diferenciación con el precepto básico del art. 307 CP estriba en que, en este caso, se exige el reintegro de las cantidades percibidas incrementadas en dos puntos porcentuales sobre el interés legal del dinero, estableciéndose, en palabras de BUSTOS RUBIO, una fuerte semejanza con el delito de fraude de subvenciones¹⁵⁵.

152 Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 18. De la misma opinión, BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, pp. 175 y 176.

153 En opinión de HERRANZ SAURÍ, “el reintegro de las cantidades defraudadas no se configura como un elemento negativo del tipo sino como una causa de exención de la responsabilidad criminal”; Cfr. HERRANZ SAURÍ, T.: “El nuevo artículo 307...” *ob. cit.*, p. 18.

154 Con una redacción, puntualiza MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, idéntica al pretérito art. 308.4 CP previo a la reforma de la LO 7/2012 para el fraude de subvenciones. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa... *ob. cit.*, p. 694.

155 Vid. BUSTOS RUBIO, M.: “El delito de fraude en las prestaciones...” *ob. cit.*, p. 173.