

35

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

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

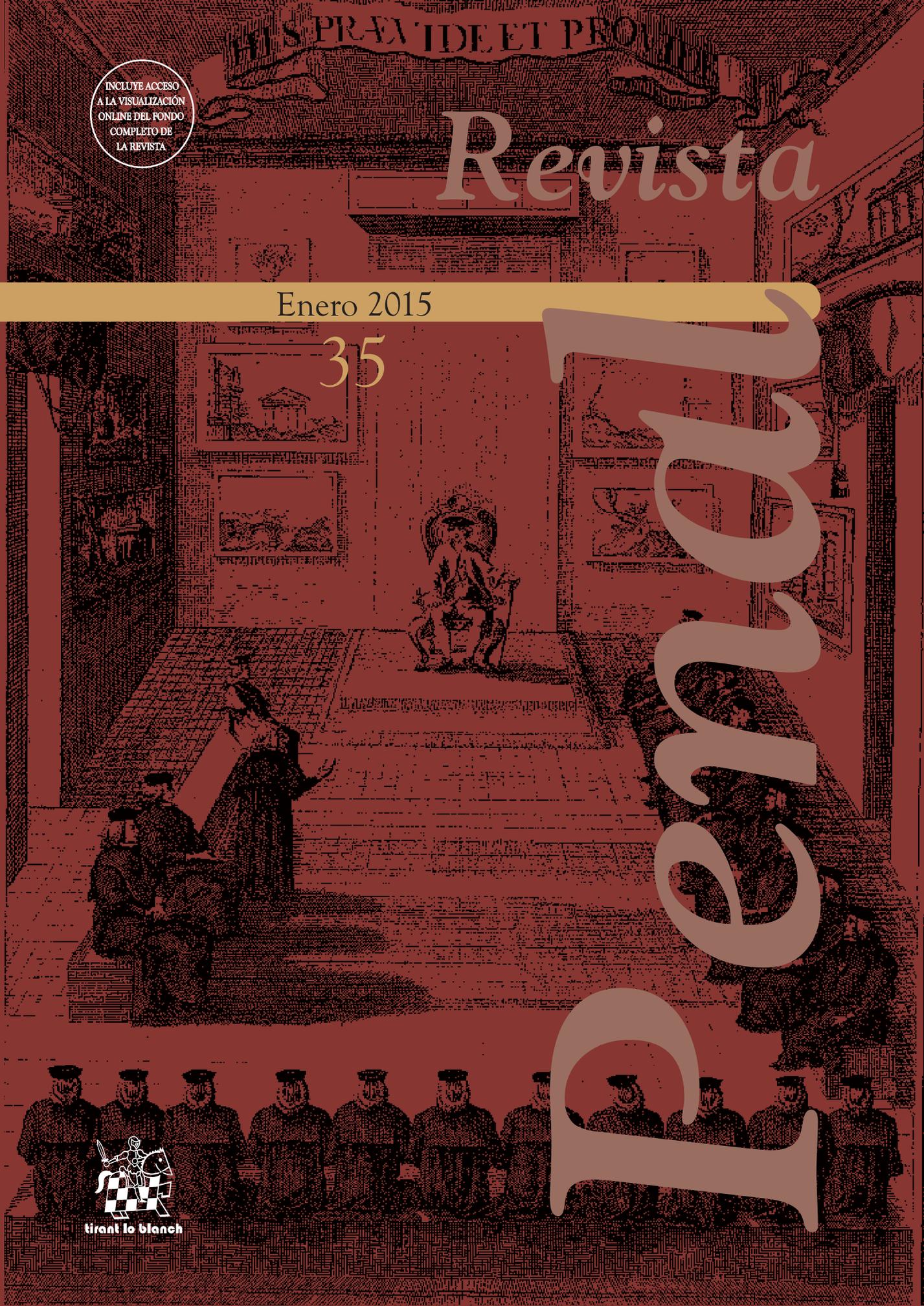
Revista Penal

Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34..... 338



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

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

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) 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), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 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.



La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal

Miguel Bustos Rubio

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Ficha Técnica

Autor: Miguel Bustos Rubio

Adscripción institucional: Profesor contratado de Derecho penal. Real Centro Universitario El Escorial, Universidad Complutense de Madrid.

Email: bustosrubio@gmail.com

Title: The criminalization of the benefit fraud of Social Security system: the new 307 ter article of the Criminal Spanish Code.

Sumario: 1. Un esbozo aproximativo: el fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social antes y después de la LO. 7/2012. 2. Bien jurídico protegido. 3. Acciones y omisiones típicas, y objeto del delito. 4. El *engaño* como elemento típico del fraude en las prestaciones de la Seguridad Social: simulación, tergiversación y ocultación. 5. El elemento del *error*. 6. La configuración del delito como de resultado: elementos de *disposición* y *perjuicio* patrimonial. Ruptura con el sistema de cuantías. 7. Relación de causalidad e imputación objetiva. 8. El tipo subjetivo. 9. Breve consideración sobre la antijuridicidad. 10. Consumación e *iter criminis*. 11. Penalidad. 12. Concursos y delitos conexos. 13. Notas sobre la regularización.

Summary: 1. Approach: the crime of benefit fraud in the social security system before and after the Spanish Organic Law 7/2012. 2. Legal asset. 3. Typical actions and omissions; the object of the crime. 4. “Engaño” as element of fraud in Social Security benefits: simulation, misrepresentation and concealment. 5. “Error” element. 6. The construction of the crime as a crime of results: “disposición” and “perjuicio patrimonial” elements. Breaking with the amounts system. 7. Causation. 8. The subjective type. 9. Notes on illegality. 10. Consummation of the crime and *iter criminis*. 11. Penalty. 12. Related offenses. 13. The regularization of the crime.

Resumen: La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, incorporó a nuestro Ordenamiento jurídico un nuevo delito: el fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 307 ter CP.). En este trabajo se analiza el contenido de este tipo penal. Con objeto de realizar una primera aproximación al estudio de este nuevo delito, resulta posible extrapolar algunas de las consideraciones que desde hace tiempo se han venido efectuando por parte de la doctrina en relación con el delito de estafa. Como resultado de este proceder interpretativo se consigue arrojar algo de luz al contenido de esta nueva figura, a día de hoy carente de pronunciamientos en la doctrina.

Palabras clave: Delitos contra la Seguridad Social, fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, estafa, simulación, tergiversación, ocultación.

Abstract: The Spanish Organic Law 7/2012 of 27 December on transparency and the fight against tax fraud and Social Security, joined our legal system a new offense: benefit fraud of the Social Security system (307 ter article of the Spanish Penal Code). In this paper we analyze the content of this crime. For a first approach to the study of this new legal

concept, it is possible to compare it with the scam crime. As a result of this interpretation we get to explain the content of this new crime, that currently the scientific literature has not studied.

Keywords: Crimes against Social Security, crime of benefit fraud of Social Security system, scam, simulation, misrepresentation, concealment.

Observaciones: Quiero dedicar este trabajo a mis maestros. A la profesora Pilar Gómez Pavón, por enseñarme todo lo que se, por su dedicación, y por su confianza plena en mí. Al profesor Juan Carlos Ferré Olivé, por su acogida, por su ayuda desinteresada, y por su magisterio. Y también a la profesora Carmen Armendáriz León, por su inestimable ayuda, por creer en mí, y por su amistad.

Rec. 8-09-2014 Fav. 30-098-2014

1. Un esbozo aproximativo: el fraude en las prestaciones del sistema de la Seguridad Social antes y después de la LO. 7/2012

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social¹ (BOE n.º 312, de 28 de diciembre) supuso, entre otras muchas modificaciones, la creación de un nuevo tipo penal contemplado en el art. 307 ter CP: el delito de defraudación en las prestaciones del sistema de Seguridad Social. El tipo básico reza lo siguiente: “quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión”.

Continúa el precepto regulando un tipo privilegiado: “cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo”.

Resulta cuanto menos llamativo que el legislador continúe manteniendo fórmulas que exigen al juez valorar la *especial gravedad* de los hechos, a efectos de calificar aquéllos y enmarcarlos en el tipo básico, o en los tipos cualificados o privilegiados. Exigir al juzgador que atendiendo a las circunstancias personales del infractor, el importe defraudado o los medios empleados, considere finalmente que los hechos *no revisten especial gravedad*, implica optar por un mecanismo poco deseable desde la óptica de la seguridad jurídica (lo que, por otra parte y sin embargo, sigue manteniéndose en determinados delitos que pudiéramos considerar tradicionales en nuestro Derecho penal, como ocurre en el caso de las lesiones).

El segundo apartado contempla un supuesto agravado cuando el valor de las prestaciones supere los 50.000 euros, o bien cuando concurren las circunstancias referidas en los apartados b) o c) del art. 307 bis 1 CP². Se opta de este modo por fijar una cuantía, la misma que hace punible la defraudación del art. 307,1, como límite máximo que cualifica el tipo y lo agrava. No ocurre lo mismo respecto del límite mínimo cuantitativo para este delito, pues como comprobaremos más adelante, el legislador de 2012 omitió establecer una cantidad mínima que delimitase la punibilidad (o, en su

1 Hasta el momento, son numerosas las voces críticas contra esta Ley y la reforma que supuso en materia de lucha contra el fraude fiscal. La doctrina ha considerado que con aquella, más que luchar contra el fraude, paradójicamente se ofrecen mayores oportunidades para su comisión. Vid. en este sentido: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: “El afán de reformar”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 25, 2012, pp. 15-16, y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal”, en *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, n.º 181-182, diciembre de 2012, pp. 12 y ss.

2 “[...] cuando en la comisión del delito concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros. b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal. c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito”.

caso, la propia tipicidad) en este tipo de fraude, lo cual, ya aventuramos, nos parece sumamente reprochable. Al igual que ocurre con el tipo básico, además de la pena de prisión y multa se impondrá al autor la pérdida de toda posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social (en este caso, por un período de cuatro a ocho años).

El apartado tercero establece una causa de levantamiento de la pena a imagen y semejanza de lo previsto para el delito de defraudación a la Seguridad Social en el art. 307 CP.³, si bien exigiéndose en esta el reintegro de las cantidades percibidas incrementadas en dos puntos porcentuales sobre el interés legal del dinero, estableciéndose así algo semejante a lo que ocurre en el delito de fraude de subvenciones⁴. Dada la relevancia que creemos poseen este tipo de cláusulas de comportamiento postdelictivo positivo en las conductas defraudatorias, optamos por analizar su contenido con mayor profundidad en un apartado autónomo de este trabajo.

El restante contenido del precepto se refiere no tanto a cuestiones de carácter material como procedimentales, por lo que nos limitamos a señalarlas sin abundar más allá:

En primer lugar, el art. 307 ter, apartado cuarto, señala que la existencia de procedimiento penal por el tipo básico de fraude, así como por los tipos privilegiado y agravado, no impedirá a la Administración exigir el reintegro de las prestaciones obtenidas de modo fraudulento por vía administrativa, fijándose el importe de modo provisional por la propia Seguridad Social y ajustándose después a lo que se determine en el proceso penal. A nuestro modo de ver, tal y

como acontece transversalmente en el conjunto de la reforma operada en 2012, subyace en este precepto una finalidad clara: la de hacer efectivo el cobro de las cantidades indebidamente obtenidas por el sujeto, enfatizándose de esta manera un evidente interés recaudatorio del Estado que ha pasado a integrarse en el texto punitivo, interés que de cualquier manera no se oculta en el Preámbulo de la Ley. No en vano, continúa el apartado cuarto señalando que “el procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro”, salvo el caso en el que el juez hubiere acordado la suspensión de dicha ejecución, previa prestación de garantía. A juicio de TERRADILLOS BASOCO “la derogación del régimen general de concurrencia de procedimiento sancionador administrativo y de procedimiento jurisdiccional penal no presenta ninguna ventaja aparente, y sí muchos inconvenientes, derivados de la posibilidad cierta de pronunciamientos distintos en ambos planos. Por no hablar de las conocidas perversiones del proceso penal cuando previamente se ha sustanciado un expediente administrativo en el que el presunto infractor puede facilitar pruebas o reconocer hechos determinantes, *de facto*, del sentido de la decisión penal, vaciándose así de contenido tanto la presunción de inocencia como el derecho al debido proceso”, por lo que propone, de *lege ferenda*, la derogación de este precepto⁵.

En segundo lugar, el apartado quinto de este nuevo artículo recoge una previsión auxiliar para la ejecución de la pena de multa prevista por el delito, así como para hacer efectiva la responsabilidad civil, consistente en

3 Considero que la regularización en el artículo 307 CP. no constituye, ni puede constituir, elemento del tipo en el delito de defraudación a la Seguridad Social; la referencia que a esta institución se hace en el art. 307,1 CP. *in fine*, tras la reforma operada en 2012, no obsta para seguir afirmando que esta cláusula viene referida a la *penalidad* del delito, mas no a su tipicidad, lo que puede derivarse sin problemas del propio tenor de la norma. Caso contrario, de mantenerse que nos encontramos ante un elemento del tipo formulado negativamente, no pueden desconocerse los múltiples problemas que se revelarían en orden a la consumación y al cómputo de la prescripción.

4 Al igual que ocurre en el delito de fraude de subvenciones, en este tipo penal tampoco es necesario que el sujeto reconozca el carácter indebido de las prestaciones obtenidas. Señala el art. 308,5 CP.: “se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

5 Vid.: TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)”, en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 861.

que los tribunales recaben el auxilio de la Seguridad Social, que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

Por último, el apartado sexto hace extensible al art. 307 ter las disposiciones contempladas en el art. 307,5 CP., en el que puede leerse que “los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito”. Se trata de mantener la atenuación en supuestos de colaboración o reparación por razones obvias de política-criminal, por otra parte ya presentes en nuestro Código Penal (vid. art. 21,5^a). De forma crítica considera TERRADILLOS BASOCO que “lo que no tiene sentido es limitar la atenuación a los autores. Extenderla a otros sujetos penalmente responsables respondería a las mismas razones político-criminales. Ciertamente es que, si no son deudores, no pueden satisfacer la deuda, sino, simplemente, reconocer judicialmente los hechos: lo que debe bastar para apreciar la atenuante específica, ya que ese reconocimiento facilita la identificación y cobro de la deuda, que es lo que parece estar en la lógica-recaudatoria del precepto”⁶.

De cualquier modo, las previsiones contenidas en los apartados cuarto a sexto de este art. 307 ter son idénticas en estructura y redacción a las ya previstas en el delito de defraudación a la Seguridad Social, por lo que hubiera resultado más acertado, y más sencillo, el establecimiento de una cláusula de remisión a tales disposiciones en el tipo penal del art. 307 CP. El hecho de que las conductas de fraude previstas en uno y otro delito sean diferentes no impide en ningún caso esta técnica legislativa.

Antes de la reforma operada por LO. 7/2012, de 27 de diciembre, no existía en nuestro Código Penal un precepto específico que diese cobertura a la Seguridad

Social en materia de prestaciones sociales o asistenciales. Sólo se daba protección a la vertiente del ingreso (mediante el delito de defraudación a la Seguridad Social, del art. 307 CP.) pero no del gasto realizado por la propia Tesorería General de la Seguridad Social, en materia asistencial. Como ha explicado MUÑOZ CONDE “originariamente en los delitos contra la Seguridad Social se protegía sólo la función recaudatoria de la Tesorería de la Seguridad Social, quedando, en principio, fuera de su ámbito la protección de la función del gasto, que puede ser, por ejemplo, lesionada a través de la obtención indebida de prestaciones de desempleo. Para evitar esta laguna de punibilidad la reforma de 2012 tipifica expresamente estos hechos en el art. 307 ter. De ahí que ahora haya que distinguir en estos delitos los tipos que afectan a la recaudación (arts. 307 y 307 bis) de los que afectan al gasto (art. 307 ter)”⁷.

El art. 307 ter es fruto de un interés del legislador por dotar de mayor autonomía a ciertas modalidades delictivas que con anterioridad se reconducían a otros tipos penales como solución práctica ante la falta de regulación expresa, sobre todo en lo correspondiente a una prestación determinada: la relativa al desempleo. Este interés legislativo es claro si acudimos también al preámbulo de la ley 7/2012, en que puede leerse lo siguiente: “debido al antiguo concepto de subvención y a determinadas interpretaciones jurisprudenciales, se ha llegado a considerar como subvención a la prestación y al subsidio de desempleo. Con ello, se ha entendido que en estos casos sólo existía defraudación cuando la cuantía superaba la cifra de ciento veinte mil euros, quedando despenalizados los demás casos. Por ello, se reforma el artículo 308 del Código Penal para mantener dentro de la regulación del fraude de subvenciones únicamente las ayudas y subvenciones de las Administraciones Públicas cuando la cuantía supere la cifra de ciento veinte mil euros. 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: prisión de seis meses a tres años en los supuestos ordinarios; multa del tanto al séxtuplo en los casos que no revistan especial gravedad; y prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo en los supuestos agravados [...] Esta solución permite dar un mejor tratamiento penal a las conductas

6 Ídem., p. 862.

7 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, Valencia, 2013, p. 981.

8 STAP. de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (Westlaw Aranzadi 2012/1002).

fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”. Hay además otro motivo que mueve al legislador penal de 2012 a tipificar expresamente este tipo de conductas fraudulentas. Como puede leerse en el Preámbulo “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”.

La práctica jurisprudencial también caminaba en la línea descrita en el Preámbulo de la Ley. Así por ejemplo, la STAP. de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (famosa “Operación Karlos”)⁸, entendió que las conductas consistentes en recibir indebidamente prestaciones de la Seguridad Social quedaban enmarcadas en el delito de estafa dando lugar en ciertas ocasiones a un delito de falsedad documental.

También se consideraba que las conductas ahora tipificadas en el art. 307 ter constituían un fraude de subvenciones si la cuantía superaba los 120.000 euros exigidos por este tipo penal. Esta última solución, que pasaba por subsumir los hechos ahora descritos en el 307 ter CP. en el delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP.⁹, fue la posición asumida por la jurisprudencia, recogida además en un Pleno no —jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha de 15 de febrero de 2002, en el que se decidió que la percepción de prestaciones indebidas *por desempleo* constituía una conducta penalmente típica del art. 308 CP.¹⁰ Como escribe JAÉN VALLEJO, ante la ausencia de respuesta unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, el citado Pleno no —jurisdiccional acordó “mantener el criterio asumido por la mayoría de las Sentencias de la Sala que se habían pronunciado en el sentido de incluir en el concepto de ayudas o subvenciones públicas a toda disposición gratuita de fondos realizada por el Estado o sus organismos autónomos

a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público, estimando que el fraude relativo a las prestaciones por desempleo constituye un hecho típicamente previsto en el art. 308 CP (fraude de subvenciones), que excluye, por especialidad, la aplicación del art. 248 CP (estafa)”¹¹.

Así, aunque a priori estas conductas de fraude pudieran incardinarse en el delito de estafa, el Tribunal Supremo, en el Pleno citado y posteriormente en Sentencia de 1 de marzo de 2002, entendió que “entre el delito de estafa (*lex generalis*) y el delito de fraude de subvenciones (*lex specialis*), pues, hay una relación de concurso (aparente) de leyes, que se resuelve a favor de este último delito en virtud de principio de especialidad”. En *obiter dicta* podía leerse en esta última resolución: “lo cierto es que el concepto estricto del subsidio de desempleo no puede ser considerado como una disposición gratuita (como lo son sin duda las ayudas dimanantes de intereses preferenciales, descuentos en precios públicos, o ayudas de solidaridad por las pérdidas ocasionadas por alguna catástrofe, por poner solamente algunos ejemplos), sino como una prestación social, que se obtiene previa la contribución de ciertas cuotas, conforme a la regulación de la Seguridad Social, que por cierto no se traduce en prestación en caso de desempleo para todas las actividades laborales”¹². Es importante destacar que ya en 2002 el Tribunal Supremo hablaba de *prestaciones sociales* de la Seguridad Social como objeto sobre el que recaía el fraude. Sin embargo en aquél tiempo no existía todavía un tipo penal autónomo que sancionase esta modalidad fraudulenta.

No puede afirmarse, por tanto, que hasta el año 2012 nos encontrásemos con una laguna de punibilidad ante esta modalidad de fraude, pues con anterioridad a la reforma estas conductas se reconducían, como hemos visto, a un conjunto de delitos ya existentes. Sí puede afirmarse, por el contrario, que a partir de esta reforma las conductas de fraude en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social van a encontrar respuesta penal en

9 Señala el tipo básico en el art. 308,1 CP. lo siguiente: “el que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que le hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe salvo que leve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo”.

10 Pleno no jurisdiccional de 15 de febrero de 2002, del Tribunal Supremo. **Asunto:** tratamiento del fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo. **Acuerdo:** el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el art. 308 del CP.

11 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*, n.º 4, 2002, pp. 1 y ss.

12 Ídem.

un tipo autónomo, configurado en relación de especialidad para estos concretos supuestos de fraude.

Antes de la inclusión del nuevo art. 307 ter en el cuerpo del Código Penal, la obtención de prestaciones indebidas por debajo del anterior montante de 120.000 euros resultaba sancionable en vía administrativa, según lo dispuesto por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS. RDL. 5/2000). El art. 26,1 LISOS. tipifica como infracción *muy grave* “actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas”.

En definitiva, lo que pretende el legislador al incorporar el nuevo 307 ter al cuerpo del Código Penal es evitar la impunidad de este tipo de comportamientos, más aún teniendo en cuenta que la modalidad del art. 308 CP. solo daba lugar a sanción penal en el caso de que el fraude superase los 120.000 euros¹³. Así lo entendió también el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, de 28 de junio de 2012.

Llama la atención la celeridad con la que la jurisprudencia ha pasado a aplicar este nuevo delito (teniendo en cuenta que la entrada en vigor de la LO. 7/2012 se produjo el 17 de enero de 2013). Con fecha de 8 de marzo de 2013 la Audiencia Provincial de Granada condenó, en Sentencia 184/2013¹⁴, por delito de fraude de prestaciones en el sistema de la Seguridad Social, si bien en conformidad.

En el supuesto de hecho enjuiciado hasta cincuenta sujetos habían sido imputados por la comisión de este delito. Tal y como puede leerse en el Antecedente de Hecho Cuarto de la citada Sentencia “por conformidad de las partes expresamente se declara probado que el acusado [...] puesto previamente de acuerdo con diversos miembros de su familia y entorno [...] urdieron un plan directamente encaminado a conseguir de manera fraudulenta y mediante engaño la obtención de las prestaciones y subsidios por desempleo mediante la crea-

ción de un entramado de sociedades con la finalidad de defraudar al Servicio Público de Empleo Estatal y a la Tesorería General de la Seguridad Social a cambio de una cantidad de dinero no determinada que, en cada caso era entregada por el supuesto trabajador”. Estas conductas son precisamente las que ahora resultan típicas a la luz del nuevo art. 307 ter CP.

En la resolución que traemos a colación los acusados actuaron sirviéndose de dos personas interpuestas (un chatarrero y un toxicómano) procediendo, con el desconocimiento de éstos, a darles de alta como empresarios individuales a través de ciertas razones sociales, “empresas ambas sin actividad real, ilocalizables, sin domicilio social y fiscal real, sin centro de trabajo y sin los medios materiales necesarios para prestar los supuestos trabajos en el sector de la construcción”. Acto seguido, tramitaron en la Seguridad Social numerosas altas de trabajadores previa elaboración de los correspondientes contratos de trabajo (obviamente, ficticios) que se presentaban ante el Servicio Público de Empleo Estatal, simulándose así *in totum* una relación laboral inexistente, y conociendo que jamás sería prestado trabajo alguno. Los acusados mantuvieron a los supuestos trabajadores en esta situación de alta laboral durante el tiempo suficiente para poder acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo, sin abonar nunca las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. A continuación, y de igual modo simulando el cese en la relación laboral, presentaron ante la Administración la documentación necesaria para la consecución de su objetivo (el alcance de la prestación por desempleo indebida), abonándoseles por la Seguridad Social las prestaciones y subsidios de desempleo solicitados, generándose además periodos de carencia para la percepción futura de prestaciones por desempleo y de seguridad social (incapacidad temporal o permanente, maternidad, jubilación, viudedad, etc.). Un total de setenta y ocho trabajadores fueron dados de alta en periodos comprendidos entre el año 2004 y 2008¹⁵, sin que hubieran sido abonadas en ningún momento cantidades algunas en concepto de cuotas a la Seguridad Social. En total, las prestaciones y subsidios finalmente concedidos ascendían a la cantidad de 345.601,74 euros [AH. 4º]¹⁶.

13 Comparte esta opinión: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2013, p. 735.

14 STAP de Granada 184/2013, de 8 de marzo (*Tol* 3539180).

15 La Sentencia opta por aplicar retroactivamente el nuevo art. 307 ter dado que de este se derivan consecuencias más favorables para el reo.

16 Ya anteriormente hemos comentado de manera más extensa el contenido de esta resolución; cfr.: 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)”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 380, octubre de 2014.

Habrà que esperar a un mayor abundamiento jurisprudencial para conocer cómo se concreta la aplicación de este tipo penal, lo que resulta tarea ardua teniendo en cuenta la enorme complejidad que presenta este nuevo delito, dado que el modelo comisivo normalmente constará de un cúmulo de sujetos intervinientes, que habitualmente actuarán mediante tramas, sin perder de vista la posibilidad de que también la persona jurídica resulte penalmente responsable en virtud de lo dispuesto en el art. 310 bis CP¹⁷.

En adelante en lo que corresponde a este trabajo, se pretende arrojar algo de luz a la interpretación de este nuevo tipo penal, para lo cual en ocasiones hemos optado por acudir a una comparativa con la estafa, delito con el que como comprobaremos guarda cierta semejanza este nuevo tipo penal. Cercano a esta opinión se ha manifestado MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, afirmando que “en los supuestos que ahora se tipifican en el art. 307 ter no hay duda de que se cumplen todos los requisitos del delito de estafa, con lo que, en realidad, no se viene a cubrir laguna de punibilidad alguna”¹⁸.

No obstante, a pesar de que resulte innegable la proximidad de este nuevo delito con el tradicional tipo de la estafa, existen importantes particularidades en lo que se refiere a las conductas defraudatorias hoy contempladas en el art. 307 ter que nos hacen mostrarnos conformes con esta nueva tipificación. Sin atrevernos a aseverar que este nuevo tipo penal venga a cubrir un hipotético vacío legal existente hasta el año 2012 en lo que al fraude en las prestaciones de la Seguridad So-

cial se refiere (pues ello sería absurdo, dado que como hemos visto la jurisprudencia reconducía su encuadre al delito de estafa, e incluso a otros tipos penales conexos, como las falsedades), debemos no obstante valorar de forma positiva esta nueva tipificación, por cuanto redundará en una mayor claridad, dando mejor cumplimiento al mandato de determinación y taxatividad, aportando una mayor seguridad jurídica y ventajas probatorias¹⁹, y aclarando toda duda existente hasta el momento²⁰.

2. Bien jurídico protegido

El Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 28 de junio de 2012, entendió que el interés jurídicamente protegido en este delito era la indemnidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Así considerado es cierto, como apunta DE VICENTE MARTÍNEZ²¹, que el Código Penal opta por proteger a la Seguridad Social en un sentido dinámico: como proceso de recaudación de ingresos y de realización de gastos, toda vez que su función primordial consiste en la recaudación y aplicación de gastos para realizar los cometidos que le competen, en virtud de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Española²². Este precepto constitucional constituye una 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

17 Reza el artículo 310 bis CP: “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años. b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310. Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33”.

18 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 735.

19 Sobre la importancia de estos postulados en Derecho penal y, en concreto, sobre la necesidad y ventajas de respetar el principio de legalidad, vid.: GÓMEZ PAVÓN, P./BUSTOS RUBIO, M.: “Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal”, en *Revista Penal México*, n.º 6, pp. 169 y ss.

20 También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ reconoce que la nueva regulación “se adapta en buena medida a la peculiar naturaleza de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, con lo que contiene disposiciones que no se incluyen en el genérico delito de estafa. De ahí que no pueda considerarse superfluo”. Vid.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736.

21 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*, n.º 853, año 2012, p. 6. Misma opinión en DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Ed. Ibídem, Madrid, 1996, p. 32.

22 Reza el art. 41 CE: “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”.

que se consideran imprescindibles para el bienestar social. En efecto, como han reconocido algunos autores, a pesar de que esta disposición se ubique entre los principios rectores de la política social y económica nada impide contemplarlo como un auténtico Derecho ciudadano²³. En el art. 41 CE., sin embargo, no encontramos un mandato para los poderes públicos que configure un modelo acabado, cerrado e inmutable de Seguridad Social, que tendrá que adaptarse a las diversas concepciones ideológicas y a la coyuntura social y económica de cada momento histórico²⁴. La institución de la Seguridad Social es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo²⁵; resulta lógico, por tanto, que se quiera proteger penalmente este proceso dinámico de recaudación de ingresos y de realización de gastos por parte de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, el legislador ha ido más allá y ha optado por configurar esta modalidad de fraude como un auténtico delito patrimonial, que por criterios de especialidad desplaza la aplicación de otros tipos penales, como la estafa, que pudieran resultar aplicables con anterioridad a la reforma de 2012. No en vano el tipo penal exige constatar un resultado típico, el “perjuicio a la Administración Pública”, fruto del desvalor de resultado que para el patrimonio de la Seguridad Social suponen estas conductas (al igual que ocurre con el delito de estafa). Este tipo penal pone el acento, pues, en la idea de obtener un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, mediante el engaño a la Administración. De ahí que el disfrute, la obtención o, en su caso, la prolongación de la prestación haya de ser *indebida*, lo que constituye un elemento normativo del tipo que debe valorarse a la luz de la legislación sectorial de la Seguridad Social: será prestación indebida aquella a la que el sujeto no tenga derecho en virtud de lo dispuesto en la Ley General de Seguridad Social y en sus reglamentos de desarrollo.

Por tanto, como ha entendido SUÁREZ ROBLEDANO, “el posible quebranto del patrimonio de la Seguridad Social se penaliza mediante la introducción de un tipo específico que viene a castigar las defraudaciones en prestaciones del sistema de la Seguridad Social por medio de un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y de subvenciones”²⁶.

En cualquier caso no se puede desconocer que dicho patrimonio se encuentra preordenado a la consecución de unos determinados objetivos, dirigidos en el caso de la Seguridad Social a cumplir con la función prestacional o asistencial encomendada constitucionalmente. En este sentido puede afirmarse que la actividad prestacional de la Seguridad Social se encuentra supeditada a alcanzar el objetivo de lograr y mantener un régimen público de Seguridad Social en el marco constitucional anteriormente apuntado.

Según nuestro entendimiento, la finalidad perseguida por la norma es la protección de dicha actividad prestacional de la Seguridad Social, vinculada a la consecución de la efectividad del Estado Social, según mandato constitucional. Finalidad que, sin embargo y de *lege data*, no queda integrada como elemento del tipo a modo de bien jurídico protegido, pero que puede servir para la interpretación de los diversos subtipos previstos en el texto, fundamentalmente del privilegiado²⁷. Nos encontramos, pues, ante aquello que la doctrina ha venido a denominar interés jurídico mediato²⁸.

3. Acciones y omisiones típicas, y objeto del delito

Como expuse, tras la reforma operada en 2012 las conductas consistentes en obtener el disfrute de prestaciones del Sistema de Seguridad Social o la prolongación indebida de las mismas, o facilitar a otros tales obtenciones, mediante error provocado por simulación o tergiversación de hechos u ocultación de datos, resultan punibles autónomamente en el delito del art.

23 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 49, 2004, p. 128.

24 CHAZARRA QUINTO, A.: *Delitos contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33.

25 MERCADER UGUINA, J. R.: en Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1044.

26 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*, n.º 42, Vol. XIV, septiembre de 2012, p. 191.

27 Sobre la diferenciación entre el bien jurídico tutelado y la finalidad perseguida, o bien mediato, y sus funciones en la norma, vid.: BUSTOS RUBIO, M.: “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales; Foro, nueva época*, Vol. 15, n.º 2, 2012, p. 172.

28 En contra: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736, quien considera que el bien jurídico tutelado es el patrimonio de la Seguridad Social “sin necesidad de efectuar mayores precisiones”.

307 ter CP., configurado, además, como un delito de resultado (pues se exige la causación de un perjuicio a la Administración), y moldeado a imagen y semejanza del delito de estafa, tal como ya advirtiese el Informe del Consejo General del Poder Judicial de fecha 28 de junio de 2012. Las similitudes entre uno y otro tipo penal se ponen de manifiesto al compararse los elementos típicos en ambas figuras delictivas, así como la pena aplicable, que es la misma en el tipo básico de ambos delitos: de seis meses a tres años de prisión²⁹. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Los comportamientos tipificados en el art. 307 ter CP. consisten en engañar a la Seguridad Social (por medio de unos concretos actos, como tendremos ocasión de comprobar *infra*) produciendo error en ésta, obteniendo por ello prestaciones indebidas o la prolongación ilícita de las mismas, o bien en facilitar a terceros la obtención de dichas prestaciones indebidas³⁰.

En España, la acción protectora de la Seguridad Social presenta una compleja ordenación jurídica. El programa de previsión social español se apoya en tres pilares fundamentales: (a) es abierto, de cobertura universal, y llega a todos los ciudadanos; (b) la protección debe alcanzar en especial a aquellos colectivos en situación de necesidad; y (c) se exige a los poderes públicos el mantenimiento del sistema, lo que implica no sólo la percepción de contribuciones ciudadanas sino también el ofrecimiento de una cobertura suficiente ante situaciones de necesidad³¹. En concreto, en lo que respecta a las *prestaciones* sociales, se configuran como mecanismos que establece el Ordenamiento jurídico para afrontar el daño en el que se concreta una necesidad protegida. Las prestaciones pueden ser de muchos tipos (de dar y de hacer, a corto o largo plazo, directas o indirectas, reparadoras o preventivas, principales o complementarias...), pero en todo caso consistirán bien en una compensación al ciudadano necesitado (por ejemplo: subsidios familiares, auxilio

por defunción, etc.), bien en una asunción directa del pago de dichas necesidades por parte del Estado, sea este completo (por ejemplo: asistencia sanitaria) o incompleto (por ejemplo: prestaciones farmacéuticas). También pueden constituir una sustitución de las rentas profesionales perdidas³². En definitiva, las prestaciones son los medios a través de los cuales la Seguridad Social ejercita su acción protectora. Se trata, por tanto, de “cualquier beneficio en dinero o en especie que a través de las Entidades gestoras se reconocen a los sujetos incluidos en el ámbito de la Seguridad Social, con la finalidad de reparar una situación protegida”³³.

El precepto no hace distinción, por lo que en principio será posible apreciar este delito ante cualquier tipo de prestación social de entre las señaladas en el art. 38,1 de la Ley General de Seguridad Social. A título ejemplificativo podemos citar las prestaciones por maternidad y paternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, incapacidad temporal, viudedad u orfandad y, en un plano destacable, pensiones de jubilación y desempleo³⁴. Si te toma como parámetro los requisitos de acceso, deberá distinguirse entre prestaciones contributivas y no contributivas, sin que en ninguna de ellas haya problema para apreciar un posible fraude en relación al art. 307 ter.

Nos encontramos ante un tipo penal en que la acción puede consistir bien en la obtención, para sí mismo o para otros, del disfrute de la prestación, bien en la prolongación impropia de aquélla, o bien en facilitar a terceros la adquisición de una prestación que por Ley no corresponde, siendo necesario en todas las conductas que el sujeto actúe por medio del *engaño* (característica común, que más adelante analizaré).

En primer lugar, el sujeto puede obtener para sí o bien para un tercero la prestación indebida mediante las conductas de simulación, tergiversación, u ocultación. En esta primera modalidad el sujeto activo tiene que alcanzar y conseguir hacerse con la prestación pre-

29 Art. 249 CP.: “los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

30 DE VICENTE MARTÍNEZ, *El nuevo delito...*, cit., p. 6.

31 FERNÁNDEZ ORRICO, ob. cit., p. 127.

32 VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2010, p. 216.

33 *Ibidem*, p. 224.

34 A mayor abundamiento, cfr.: GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A. L., *Lecciones de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 151 y ss. Vid. también: VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, QUESADA SEGURA, ob. cit., pp. 213 y ss.

tendida y solicitada a la Seguridad Social, o bien lograr que dicha prestación sea concedida a un tercero. El precepto exige en esta modalidad el *disfrute* de dichas prestaciones, con lo que no hay duda de que el sujeto deberá haber comenzado a beneficiarse de la prestación obtenida. Ello implica que el delito no se consuma con el mero reconocimiento de la prestación por parte de la Seguridad Social, sino cuando el sujeto recibe la cuantía correspondiente a la prestación de que se trate y la integra en su propio patrimonio (y por ello la disfruta), lo que resulta coherente también al tener en cuenta que el precepto exige el resultado del *perjuicio* a la Administración pública, perjuicio que ya hemos señalado que será de tipo patrimonial, por lo que hasta que no se produzca esa lesión en el patrimonio de la Seguridad Social no se podrá afirmar la perfección del tipo penal.

En segundo lugar, el sujeto activo puede prolongar una prestación previamente reconocida, aún siendo aquélla totalmente lícita y su disfrute perfectamente legal. Se trata, en esta segunda modalidad, de hacer que la duración de una determinada prestación se dilate en el tiempo, siempre y cuando dicha prolongación sea indebida (esto es, que no se tenga derecho a la misma), y se alcance mediante las conductas engañosas previstas en el tipo penal. Puede generarse la duda de si la modalidad de *prolongación* de la prestación se puede lograr sólo para quien la solicita o también resulta punible la obtención para un tercero de la prolongación de dicha prestación. Consideramos que, tal y como se encuentra redactado el precepto, habrán de resultar típicas en esta segunda modalidad de fraude tanto las conductas de obtención de la prolongación indebida de una prestación para el propio sujeto solicitante, como las conductas de obtención de dicha prolongación indebida para un tercero diferente a quien solicitó la concesión de la prestación.

Se trata, en puridad, de una *obtención* de prestaciones indebidas: bien del *disfrute* inicial de las mismas (primera conducta, ya analizada *supra*), bien de la *prolongación* indebida de aquellas prestaciones que ya fueron anteriormente reconocidas por la Seguridad Social; y, en cualquiera de estas modalidades, es posible que la obtención sea bien para uno mismo, bien para terceros. El delito, en su modalidad de obtención, sea del *disfrute* inicial de la prestación o de la *prolongación* de la ya existente, sanciona a quien obtiene “para sí o para otro” el disfrute de la prestación, lo que implica

equiparar desde la propia Ley al autor beneficiado de la prestación con el no beneficiado por el fraude cometido.

Ya en tercer lugar el tipo sanciona la conducta de facilitar a terceros sujetos la obtención de prestación. Se trata de hacer fácil o posibilitar la consecución de un fin determinado a un sujeto ajeno: la obtención efectiva, en los términos que ya hemos señalado, de una prestación a la que no se tiene derecho. En esta tercera modalidad de fraude parece elevarse a la categoría de autor la mera complicidad delictiva³⁵. La conducta de “facilitar a otros” la obtención de la prestación no abarca sin embargo las actuaciones de los funcionarios encargados de la gestión de la solicitud de la prestación que se trate, por dos motivos: primero, porque el art. 307 ter exige que el sujeto activo provoque error en los órganos de la Administración, no siendo posible afirmar la existencia de ese error provocado por el mismo sujeto que lo sufre; y segundo, porque estos sujetos, funcionarios, cometerán en todo caso un delito de malversación de caudales públicos (delito especial)³⁶.

En un primer acercamiento al precepto puede llamar la atención que, pese a que la conducta de “obtención efectiva” y de “facilitación” de la obtención de las prestaciones posean un contenido diferente, pudiéndose pensar que resulta desproporcionado el establecimiento de idéntica penalidad ante esta disparidad de conductas, creemos que ello encuentra una 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, lo cual permite el texto del precepto. De este modo, facilitar a terceros la obtención de una determinada prestación abre la puerta a un daño mayor al sistema de recursos públicos, pues su ejecución puede producirse mediante la creación de empresas ficticias que faciliten la obtención de dicha prestación a múltiples falsos trabajadores. Sin la existencia de estas estructuras delictivas sería muy difícil que una persona individualmente lleve a cabo el tipo delictivo, quedando reducida su posibilidad de defraudar a la modalidad de la prolongación indebida de una prestación obtenida de manera lícita. De ahí que el legislador, atendida la penalidad, haya querido

35 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 737.

36 *Ibidem*.

equiparar, ya desde la propia Ley, el desvalor de injusto en ambas modalidades. Esto ha sido además explicado en el Preámbulo de la LO. 7/2012, introductora de este nuevo delito en nuestro Código Penal, en que el legislador hace especial hincapié en la peligrosidad de estos supuestos: “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 [...]”.

A pesar de que el requisito del engaño vaya a ser analizado con mayor detalle más adelante, conviene ahora traer a colación que esa exigencia se traduce en el art. 307 ter CP. como una simulación, tergiversación u ocultación de hechos. Nada impide, pues, apreciar también la modalidad omisiva de comisión en este delito. Perfectamente una simulación o tergiversación puede consistir en una determinada aquiescencia. Más peso tiene incluso la actuación mediante *ocultación* de hechos de los que el sujeto tenía un deber de informar, modalidad típica que se presta a cometer mediante omisión. El callar algo que se sabe, como diría VALLE MUÑIZ en relación con el delito de estafa, posee en este tipo penal el desvalor suficiente para constituir delito, siempre que el sujeto tuviese el deber de informar sobre ello (deber que nace en virtud de la legislación sectorial)³⁷.

Al igual que ocurre con el delito de estafa, también en el tipo penal analizado pueden suscitarse ciertos interrogantes respecto de si la conducta de *ocultación* constituye en realidad una particular conducta omisiva³⁸ o, por el contrario, se trata de uno de los denominados “actos concluyentes” en los que el silencio implica una auténtica voluntad activa, aún tácita, y por tanto converge en una verdadera manifestación de voluntad, esto es, en una auténtica *acción positiva*. Considero que no es este el lugar más idóneo para discutir sobre esta compleja cuestión. Sin embargo, debe decirse que esta ocultación de hechos viene referida en exclusiva a aquellos que el sujeto tenía el deber de informar, con lo que en realidad nos encontramos ante una omisión de

garante de carácter impropio, por dos motivos: primero, porque como decimos dicha omisión solo es típica respecto de aquellos hechos que el sujeto tenía el *deber* de informar y, por tanto, no alcanza a todo sujeto indiferenciado; y segundo, porque el tipo penal exige la constatación de un determinado resultado, identificado en el perjuicio patrimonial a la Administración³⁹.

4. El engaño como elemento típico del fraude en las prestaciones de la Seguridad Social: simulación, tergiversación y ocultación

El fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social muestra, como se ha visto, evidentes semejanzas con el delito de estafa: ambos tipifican unos hechos en los que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa o mendaz. Esta última conducta se pone de manifiesto en el art. 307 ter CP. cuando el precepto exige la simulación o la tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de aquellos que el sujeto tenía el deber de informar, conductas que pueden resumirse precisamente en una característica única: el *engaño* a la Seguridad Social, con objeto de obtener una determinada prestación. En ambos tipos penales, pues, se encuentra magnificado un elemento nuclear: el engaño. Aún reconociendo que este requisito resulta esencial en ambos delitos, ello no quiere decir que la mera acreditación del mismo sea ya suficiente para poder afirmar un delito de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social, sino que esta exigencia juega su papel con algunos otros, como analizaremos de inmediato. Como acertadamente ha señalado ÁLVAREZ GARCÍA⁴⁰, en Derecho penal no encontramos, ni es preciso encontrar, un delito que proteja la *buena fe* en toda su amplitud, por lo que resulta necesario delimitar con precisión los supuestos que habrán de resultar típicos cuando hablamos de *engaño* en el fraude de prestaciones de la Seguridad Social.

A diferencia de lo que ocurre con el delito de estafa, el delito de fraude en las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social no admite cualquier tipo de engaño a la hora de configurar la tipicidad de los hechos: éste se limita a que el error en la Seguridad Social se hubiera producido mediante unos concretos tipos de engaño, a saber, mediante la *simulación* o la *tergiversación* de

37 VALLE MUÑIZ, J. M.: “Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, Fasc. 3, 1986, pp. 864-865.

38 Opinión sostenida por: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736.

39 VALLE MUÑIZ, *Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas...*, cit., p. 867.

40 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Estafa (I)”, en *Derecho penal español (parte especial II)*, Álvarez García, F. (dir.); Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 226.

hechos, o bien mediante la *ocultación* de hechos de los que el sujeto activo tenía el deber de informar.

“Simular”, como modo de provocar el error en la Administración, implica representar la solicitud de la prestación fingiendo o imitando datos que no se ajustan con la realidad. Por su parte, “tergiversar” no implica tanto una representación ficticia de datos irreales, sino más bien una desfiguración o manipulación de hechos que, a pesar de que puedan ser reales, correctamente comunicados no darían lugar a la obtención (o, en su caso, facilitación) de la prestación.

Si bien la simulación o tergiversación de hechos puede llevarse a cabo por múltiples modalidades de conducta, y no implican un entendimiento alejado del requisito del *engaño* en el delito de estafa, no ocurre lo mismo con la modalidad de ocultación, pues ésta se refiere únicamente a aquellos hechos de los que el sujeto tenía un deber de informar o comunicar a la Administración. Considero que esta exigencia típica configura un deber, el de informar, que puede conducir a un requerimiento de veracidad, elemento que se cuestiona exista en el requisito del engaño previsto en la estafa. Mediante esta última modalidad de *engaño*, en el art. 307 ter se hace necesario que se incumpla un deber de veracidad en la información que el sujeto proporciona a la Seguridad Social, incumplimiento que además ha de ser consciente, tal cual exige el precepto (lo cual resulta ciertamente superfluo si se tiene en cuenta que este delito solo resulta punible en la modalidad dolosa). Además, como ya expuse en un apartado anterior, esta configuración permite apreciar tanto la modalidad activa como omisiva en este delito: así por ejemplo cuando el sujeto no comunica a la Seguridad Social determinados datos que conoce, y que de haber sido comunicados no hubieran conducido a otorgar la prestación.

Con respecto a esta última exigencia debe recordarse que el requisito de la veracidad en Derecho no implica la demostración concreta y pormenorizada de hechos, pues como bien advierte GÓMEZ PAVÓN, el exigir la correspondencia absoluta llevaría a la negación en la práctica del cumplimiento de dicho deber⁴¹. Por ello, pienso que las simples variaciones o errores aritméticos fácilmente subsanables no deben considerarse a estos efectos una ocultación consciente de hechos de los que el sujeto tenía el deber de informar, ni por tanto darán lugar a *error* a los efectos de este delito. Lógicamente, ello requiere una interpretación casuística ajustada a las

concretas características del supuesto de hecho de que se trate.

Un mero vistazo a la estructura típica de los delitos de estafa y de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social permite comprobar que nos encontramos ante una dinámica delictiva semejante, pues en ambos tipos penales se precisa de una cierta colaboración del sujeto pasivo (en el supuesto del art. 307 ter, la propia Seguridad Social). Puede hablarse así de delitos de relación o de intervención necesaria: los sujetos activo y pasivo del delito deben encontrarse en una relación muy determinada, y la propia tipicidad requiere que la formación de la voluntad del sujeto pasivo esté determinada por la conducta del sujeto activo⁴². Trasladado lo anterior al concreto caso de la Seguridad Social implica afirmar que en la voluntad de ésta, al reconocer y conceder al solicitante una determinada prestación, ha pesado la actuación mendaz o engañosa de este último, quien ha debido simular, tergiversar u ocultar determinados hechos con objeto de conseguir el error de la Administración y, a consecuencia de este, un determinado beneficio patrimonial, en este caso identificado en la obtención de la prestación indebida. Cuestiones que, en definitiva, hacen que el hecho pueda imputarse objetivamente al autor.

5. El elemento del *error*

En el art. 307 ter CP. debido al error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, u ocultación de datos, la Seguridad Social realiza un acto de *disposición patrimonial* en perjuicio propio otorgando al sujeto prestaciones que no le corresponden, o prolongando indebidamente la duración de éstas.

El error tiene que traer causa de la simulación, tergiversación u ocultación de hechos, en principio en relación de causalidad. Y ello a pesar de que el precepto exprese “*por medio* del error provocado”, lo que a mi juicio debe interpretarse como una exigencia de que el error tenga su origen en, o traiga causa de, el engaño.

El elemento del error, esta vez sí expresamente exigido en el delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social, exige constatar una falsa representación de la realidad en los datos proporcionados por el sujeto solicitante de la percepción, causada por alguno de los medios o sistemas enumerados en el precepto. Si el error trae causa de cualquier otra circunstancia de-

41 GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, Ed. Akal, Madrid, 1989, pp. 86-87.

42 ÁLVAREZ GARCÍA, ob. cit., p. 229.

bería, al menos, concluirse la falta de perfección del delito. Al igual que en la estafa, el error en este delito contra la Seguridad Social deberá recaer sobre aquellos extremos relevantes que determinarían la concesión o denegación de la prestación solicitada⁴³.

6. La configuración del delito como de resultado: elementos de *disposición* y *perjuicio patrimonial*. Ruptura con el sistema de cuantías

El art. 307 ter CP. exige constatar un efectivo perjuicio a la Administración Pública. Dado que el bien jurídico directamente tutelado por el tipo, como dejé expuesto *supra*, es el patrimonio de la Seguridad Social, dicho perjuicio habrá de serlo de carácter patrimonial. De este modo, tras constatarse el error causado por engaño (según las concretas modalidades estudiadas) debe producirse la disposición patrimonial por parte de la Seguridad Social, identificada en la concesión de las prestaciones indebidas, lo que habrá de generar un auténtico perjuicio en el patrimonio de aquélla. Esta concepción convierte a este tipo penal en un delito de resultado.

La diferencia más notable de este tipo penal con el delito de estafa radica en que en el primero el perjuicio recae sobre un concreto patrimonio, el de la Seguridad Social, mientras que el segundo puede afectar a cualquier tipo de patrimonio. Esto puede hacer que nos cuestionemos si en realidad el delito del art. 307 ter encubre un supuesto de prisión por deudas al Estado⁴⁴. En mi opinión no debe verse en este delito una prisión por deudas, pues en la obtención indebida de prestaciones no existe deuda alguna con el Estado. No existe *morosidad*, por tanto. La razón de la incriminación de las conductas contempladas en el art. 307 ter no deriva, pues, de la existencia de una deuda: el contenido de injusto viene dado por la lesión al patrimonio de la Seguridad Social, provocado por determinados ataques que se consideran graves, lo que conforma el desvalor del hecho en este tipo penal; el sujeto activo obtiene una prestación indebida (de carácter patrimonial), derivada

del engaño provocado mediante simulación, tergiversación u ocultación.

Tampoco concibo que la tipificación del delito del art. 307 ter CP. suponga una forma privilegiada de protección del patrimonio de la Seguridad Social frente a otros patrimonios, máxime teniendo en cuenta que la pena (de seis meses a tres años de prisión) es la misma que la contemplada para el delito de estafa (art. 249), o para la apropiación indebida (art. 252 CP.). Se trata, en puridad, de dotar de autonomía a las conductas descritas en el art. 307 ter CP., más no de privilegiar el patrimonio del Estado frente a otros. Quizá la razón de esta expresa tipificación responda, como ya aventuré, a una simple necesidad político-criminal por facilitar la prueba de este tipo de conductas.

El art. 307 ter, rompiendo con la sistemática tradicional en este tipo de delitos, abandona el sistema de cuantías que el Código Penal emplea en otras modalidades, como ocurre en la defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP., en que la reforma de 2012 ha rebajado el límite cuantitativo de los 120.000 a los 50.000 euros, en lo que supone un nuevo endurecimiento del instrumento punitivo del Estado⁴⁵.

No deja de resultar llamativo que no exista limitación alguna en esta nueva modalidad de fraude. Ello permitirá sancionar penalmente tanto a quien obtenga una prestación de la Seguridad Social por valor de cincuenta mil euros, como, por ejemplo, a quien disfrute una prestación por valor de cien euros. En este punto la norma se desmarca del delito de estafa, en el que la pena sólo resulta aplicable para el caso de que la cuantía exceda de los cuatrocientos euros (vid. art. 249 CP.).

En cualquier caso, llama poderosamente la atención que en el delito de fraude a la Seguridad Social sólo se aplique la pena al empresario que defrauda por encima de 50.000 euros, mientras que al ciudadano (v. gr.: trabajador, pensionista) se le castigue por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social, con independencia de la cuantía⁴⁶, lo que apareja

43 *Ibidem.*, p. 237.

44 Vid.: RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "¿Prisión por 'penosas deudas' al Estado? Comentario a la STC 19/1988 de 16 de febrero", en *La Ley*, año 1988, Tomo III, pp. 917-924.

45 El preámbulo de la LO. 7/2012, de 27 de diciembre, justificó este cambio cuantitativo con las siguientes palabras: "la fijación del límite debe hacerse conforme a criterios económicos, políticos y sociales. 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".

46 Entiende MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que nos encontramos ante un delito común dado que el sujeto que realiza la conducta defraudatoria no tiene por qué ser el beneficiario de la prestación, pues también resulta típica la conducta de quien obtiene la prestación "para

una pena de prisión de hasta tres años. Ello, creemos, supone una patente e injustificada desigualdad cara al ciudadano / trabajador, por más que la intención de la norma sea atajar el problema de las tramas organizadas que mediante la creación de empresas simuladas se dedican a la obtención indebida de prestaciones del sistema de Seguridad Social, y por más que pueda hablarse de una tutela de diferentes intereses jurídico penalmente protegibles.

Como bien ha subrayado TERRADILLOS BASOCO, en este punto la norma del art. 307 ter CP. supone una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria: “el sujeto activo del delito de defraudaciones a la Seguridad Social del art. 307 solo lo puede ser el empresario, mientras que en el 307 ter, de ordinario, lo será el trabajador. Ese elemento diferencial, de carácter personal, ha llevado al legislador a criminalizar la obtención o el disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social, tipificando conductas hasta ahora consideradas infracciones de naturaleza administrativa”⁴⁷.

Podemos reconocer cierto acierto del legislador al momento de apreciar la necesidad de una nueva tipificación que diese cobertura a un conjunto de conductas fraudulentas contra la Seguridad Social que antes de la reforma de 2012 sólo resultaban punibles como fraude de subvenciones al superar la barrera de los 120.000 euros, con lo que la punibilidad de estos supuestos resultaba ciertamente marginal. Ante esta situación, el legislador tenía dos opciones: o bien confiar las infracciones “de bagatela” al orden administrativo sancionador, o bien criminalizar comportamientos de lesividad mínima cuyo responsable fuese un trabajador (o pensionista). Finalmente, se decidió por esta última alternativa⁴⁸. Pienso que más allá de la conveniencia o no de tipificar esta nueva modalidad de fraude, de *lege ferenda* se hace aconsejable la introducción de un límite cuantitativo que, bien sea considerado como elemento típico de carácter patrimonial, bien lo sea como condición objetiva de punibilidad para diferenciar el ilícito penal del administrativo (solución que pensamos es más coherente), debería identificarse en los 50.000

euros en analogía con lo que ocurre en el delito de defraudación a la Seguridad Social: “la introducción de un límite que permita distinguir entre lo infraccional administrativo y lo penalmente relevante es imprescindible, si no se quiere llegar al resultado de criminalizar toda infracción en este ámbito”⁴⁹. Sin el establecimiento de límite cuantitativo alguno el legislador, mediante la aprobación de la LO. 7/2012, ha derogado de facto toda la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones contra la Seguridad Social.

También razones vinculadas al principio constitucional de igualdad avalan el establecimiento de un límite cuantitativo en este delito. Dicho principio queda conculcado cuando se criminalizan ciertas conductas de fraude del empleador-empresario contra la Seguridad Social cuando la cuantía supera los 50.000 euros (art. 307 CP.), y conductas de fraude de trabajadores o pensionistas contra la Seguridad Social con independencia de cuál sea la cuantía de lo defraudado. En este punto nos encontramos ante un palmario ejemplo, no ya de Derecho penal de autor, sino más bien de Derecho penal de clase⁵⁰.

La única manera que consideramos viable, de *lege data*, para restringir el precepto, aún sin ignorar las dificultades prácticas que ello conlleva, es acudir al criterio de la *insignificancia* que suponen determinadas conductas de percepción indebida de prestaciones desde la óptica penal (que no administrativa), y que en ocasiones la jurisprudencia ha apreciado como causa que impide afirmar la tipicidad del hecho. Cuando se habla de “insignificancia” se está queriendo aludir a aquellos casos en los que una conducta aparentemente resulta encuadrable en la descripción legal pero sin embargo el ataque al bien jurídico tutelado por la norma aparece como nimio o insuficientemente relevante⁵¹. Lógicamente, establecer cuando una conducta resulta insignificante y cuando es lo suficientemente relevante requerirá de un esfuerzo teleológico por parte del juez, sin perder de vista el bien jurídico protegido por el delito, lo cual no es tarea sencilla (máxime cuando se trata de delimitar la insignificancia respecto del *patrimonio*).

sí o para otro”. Vid.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736. Debemos matizar, no obstante, que en la modalidad omisiva no está tan clara la naturaleza de este delito como delito común, pues sólo podrá resultar típica la conducta de ocultación de hechos cuando en el sujeto pese el deber de informar sobre los mismos (deber extrapenal).

47 TERRADILLOS BASOCO, en Álvarez García (dir.), Dopico Gómez-Aller (coord.), *Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social...*, cit., p. 856.

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem., p. 857.

La interpretación que mantenemos se refuerza al tener en cuenta que la circunstancia del párrafo segundo del art. 307,1 ter, atenúa la responsabilidad para el caso de que el importe defraudado, los medios empleados o las circunstancias personales del autor permita afirmar que el hecho no reviste *especial gravedad*. A sensu contrario, cuando por lo reducido de la cuantía el hecho resulte *especialmente insignificante* podrá declararse la atipicidad de la conducta (con independencia de que esta se vea después sancionada en sede administrativa, como adelantamos).

Esta interpretación pasa por acudir a limitar el ámbito típico del delito en referencia al *perjuicio* exigido por la norma, de modo tal que se considere que las prestaciones de cuantía mínima no son susceptibles de generar dicho perjuicio a la luz del principio de insignificancia, por lo que al faltar este elemento del tipo no sería posible afirmar el delito. Ello, sin embargo, puede resultar harto difícil en la práctica, máxime teniendo en cuenta que estas prestaciones pueden ser únicas, pero también (y ello es bastante común) periódicas. Respecto de estas últimas no podrá estarse sólo a la cuantía de cada una de las prestaciones entregadas, sino a la suma global que las mismas representen, lo que no deja de generar inseguridad jurídica por cuanto falta el criterio de referencia temporal.

Por todo este conjunto de razones pensamos que hubiera resultado preferible haber optado por el sistema de cuantías a la hora de limitar el ámbito de aplicación del delito.

7. Relación de causalidad e imputación objetiva

En el delito de fraude de prestaciones es necesario, de uno u otro modo, acreditar los elementos comunes de engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Al igual que ocurre en el delito de estafa, y tratándose de un delito de resultado, en este tipo penal se exige que entre el engaño o simulación inicial y el perjuicio final deba mediar una relación de causalidad, sin la cual no existe delito⁵².

Dicha relación de causalidad debe producirse verticalmente en dirección de engaño a perjuicio, mas no en dirección inversa. Esto hace impune, a la luz del art.

307 ter CP., aquellos supuestos en los que es la propia Seguridad Social la que reconoce una prestación indebida a causa de error propio, no inducido ni provocado, que después el sujeto silencia para su disfrute: el orden se invierte, no existiendo “engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio”, en virtud de la prestación indebidamente concedida, sino más bien “error, disposición patrimonial y perjuicio, y finalmente engaño” (si se entiende como tal la mera aquiescencia del sujeto).

No creo que *a posteriori* pueda hablarse de la existencia de un hipotético deber aclaratorio que incumba al sujeto receptor de la prestación, y que determine la existencia de ese engaño a la Seguridad Social⁵³. Sin embargo, dado que el engaño en este tipo penal puede revestir tres modalidades distintas, hay que matizar:

Por lo que se refiere a las conductas de *simulación* o *tergiversación* de datos, aquéllas deben producirse en todo caso con carácter previo a la concesión de la prestación de que se trate. De entenderse como hacen algunos autores que el mero silencio del sujeto tras la percepción de la prestación constituye ya el engaño exigido por el art. 307 ter CP., debemos oponer que dicho engaño es posterior al perjuicio patrimonial causado, por lo que no se cumple la relación de causalidad exigida por el precepto. Estos supuestos podrán dar lugar, a lo sumo, a un delito de apropiación indebida en su modalidad del art. 254 CP.: “el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros”.

Cosa distinta es que el error de la Administración (en este caso, la Tesorería General de la Seguridad Social) se deba a una *ocultación* consciente de hechos de los que el sujeto finalmente beneficiado tenía el deber de informar (tercera modalidad de engaño), en cuyo caso la conducta podrá resultar típica a la luz del art. 307 ter, siempre que se cumplan los restantes requisitos.

Por último, debe recordarse que en este delito también resulta típica la *prolongación indebida* de las prestaciones. Se trata de supuestos en los que en un primer momento la prestación fue otorgada debidamente, pues el sujeto cumplía con los requisitos previstos por la le-

51 LUZÓN PEÑA, D. M.: “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Luzón Peña D. M./Mir Puig, S. (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1995, p. 22.

52 Vid. a este respecto: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 18ª edición, Valencia, 2010, pp. 429 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736.

53 Mantienen esta posibilidad, si bien en relación con la obtención indebida de devoluciones del art. 307,1 CP.: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., CORTÉS BECHIARELLI, E.: *Delitos Contra la Hacienda Pública*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, p. 45.

gislación para su concesión, pero mediante alguna de las modalidades típicas de engaño, el mismo consigue una prolongación no correspondida de aquéllas prestaciones, sea para sí mismo, sea para un tercero. Ante estos supuestos puede pensarse que realmente se invierte el orden de causalidad establecido, pues el engaño y el error son posteriores a la concesión de la prestación: aquéllos no determinaron la entrega de la prestación sino, a posteriori, una prolongación indebida de aquélla. Considero, no obstante, que también en esta última modalidad subsiste la relación de causalidad “engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio”, pues lo que se sanciona en este momento es la *prolongación* indebida, más no la obtención de la prestación, que pudo ser perfectamente procedente. Y para lograr esa prolongación indebida sigue siendo necesario el engaño, el error que trae causa de dicho engaño, y, a consecuencia de las anteriores, la disposición patrimonial y el perjuicio que se identifican, en esta modalidad, con la mera prolongación no correspondiente de una determinada prestación (que en principio, fue debida). En todo caso, para estas (y otras) cuestiones, y dado el corto espacio de tiempo que lleva en vigor la norma, no es posible conocer su concreta aplicación por parte de los tribunales de justicia, por lo que habrá de estarse a lo que señale la jurisprudencia en un futuro. Algo que indudablemente constituirá, al igual que ocurre en el resto de tipos penales, un importante criterio interpretativo.

Como expusimos *supra*, el delito del art. 307 ter CP. constituye un delito de resultado, concretado en la exigencia típica de que se constate con toda esta actuación (engaño, error, disposición patrimonial) un perjuicio para la Administración Pública. La mera disposición patrimonial no bastará si no se observa un efectivo perjuicio patrimonial cierto en la Seguridad Social: nos encontramos ante un delito de resultado material separado de la acción (o, en su caso, de la omisión) y no meramente de peligro⁵⁴.

Obviamente, además de comprobarse esta relación de causalidad, será necesario imputar objetivamente dicho resultado al autor, siendo necesario acreditar que el mismo ha creado un riesgo jurídicamente relevante a los efectos de este delito.

8. El tipo subjetivo

En este delito sólo resultarán punibles aquellas conductas dolosas, más no las imprudentes que habrán de

quedar extramuros del tipo penal. No en vano el delito exige la “simulación” o la “tergiversación” de hechos, o la “ocultación” de los mismos de forma *consciente*. Más allá de la dicción literal del precepto, tampoco el art. 12 CP. permitiría apreciar en este delito la modalidad imprudente de comisión.

Por lo demás, la exigencia de relación de causalidad “engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio” aludida impide los supuestos de dolo subsiguiente. El conocimiento posterior de las circunstancias del comportamiento, cuando ya se ha provocado el error sin dolo del autor y se ha producido la disposición patrimonial por parte de la Seguridad Social, concediendo una determinada prestación a la que el sujeto no tiene Derecho, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño ni, consecuentemente, permite afirmar el tipo penal. El conocimiento de que el comportamiento es adecuado para producir el error debe estar presente en el momento de la comisión del hecho.

La exigencia de dolo en el tipo subjetivo del art. 307 ter CP. impide considerar típicas aquellas concesiones de prestaciones sociales derivadas de meros despistes del sujeto en la comunicación de datos o determinadas desviaciones no esenciales fruto del desconocimiento del sujeto activo, subsistiendo en su caso, como apunté *supra*, la posibilidad de apreciar un delito de apropiación indebida (siempre que se constaten los requisitos de éste).

A diferencia de lo que ocurre en el delito de estafa, en el fraude de prestaciones el tipo subjetivo no exige constatar el *ánimo de lucro*. Pensamos, no obstante, que no nos encontramos ante una diferencia sustancial con el primero de estos delitos: si por ánimo de lucro se entiende cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que el agente se propone obtener con su actuación mendaz, pudiendo ser además este lucro propio o ajeno, parece claro que la exigencia de este requisito subjetivo en el delito del art. 307,ter CP. resultaría superflua, pues es obvio que el sujeto activo pretende, con su actuación, bien el propio beneficio obteniendo una prestación indebida por parte de la Seguridad Social, bien el beneficio ajeno (recordemos que en el delito que es objeto de estudio “facilitar a otro” la obtención de las prestaciones indebidas constituye conducta típica). Por todo ello, aunque no se incorpore al tipo como uno de sus elementos, resultará difícil hablar en este delito de una ausencia de ánimo

de lucro, pues éste ya resulta inherente a las conductas descritas en el art. 307 ter CP.

9. Breve consideración sobre la antijuridicidad

Al nivel de la antijuridicidad, pienso que será difícil apreciar la circunstancia de estado de necesidad ante estos casos. Su admisión comportaría graves problemas en la política penal y en la seguridad ciudadana, pues se estaría otorgando un auténtico permiso por parte del Derecho para la realización de estas conductas ante situaciones de necesidad, pudiendo producirse, además, consecuencias contrarias a las perseguidas con la criminalización de estas conductas: el menoscabo del patrimonio de la Seguridad Social y, subsiguientemente, la puesta en riesgo de la función protectora o asistencial que, en virtud de mandato constitucional, le corresponde cumplir a la Seguridad Social.

10. Consumación e *iter criminis*

Atendido el bien jurídico protegido por este delito, el patrimonio de la Seguridad Social, el delito se consuma, dependiendo de la modalidad de fraude en la que nos encontremos, en los siguientes instantes temporales:

Respecto de la modalidad de obtención, para sí o para otro, del disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, el delito se consuma cuando se obtiene por el sujeto la correspondiente prestación indebida, esto es, cuando la Seguridad Social realiza la disposición patrimonial haciendo efectiva la entrega de la prestación de que se trate. No basta, pues, con que la Administración de la Seguridad Social dicte la correspondiente resolución administrativa que conceda la prestación de que se trate: el *disfrute* de la prestación constituye el momento de perfección de este tipo penal, y no una hipotética fase de agotamiento del delito, por más que, de *lege ferenda*, y atendiendo a la finalidad pretendida, dirigida a preservar el sistema prestacional o asistencial que según mandato constitucional corresponde a la Seguridad Social, pudiera resultar aconsejable establecer el instante consumativo antes de la percepción efectiva de la prestación por el sujeto solicitante. De *lege data*, cuando la Seguridad Social reconoce la prestación pero no ha hecho efectivo su traslado patrimonial al solicitante, todavía nos encontramos en fase de tentativa, pues no se ha producido el resultado de perjuicio patrimonial que exige el tipo penal.

Por otro lado, resultando típica también la obtención (de nuevo para sí o para un tercero) de una prolongación indebida de prestaciones previamente reconocidas, el momento consumativo en este supuesto puede retrasarse, identificándose en esta segunda modalidad en el momento en que se produce la prolongación indebida de aquella prestación que se venía disfrutando lícitamente, siempre que ello conlleve un perjuicio patrimonial a la Seguridad Social⁵⁵.

Por último, dada la existencia de una tercera modalidad de defraudación consistente en *facilitar* a terceros la obtención de la prestación, pudiera pensarse que el delito se consuma cuando se comprueba que el sujeto activo ha posibilitado de manera efectiva la consecución del fin pretendido, esto es, de la obtención de la prestación a la que no se tiene derecho. No obstante, al exigir el precepto la constatación de un efectivo perjuicio a la Administración Pública (de carácter patrimonial, como dijimos), pensamos que no podrá afirmarse la consumación delictiva con la mera *facilitación* de la obtención: hasta que no se compruebe que con ello se ha perjudicado al patrimonio de la Administración no podrá entenderse consumado el delito.

En realidad, como fácilmente se colige, el instante consumativo viene delimitado a la existencia de un perjuicio patrimonial a la Administración Pública, si bien en cada caso por la modalidad fraudulenta de que se trate.

Al tratarse de un delito de resultado resulta admisible la tentativa, por ejemplo en aquellos casos en los que se produce una simulación o tergiversación de datos de forma dolosa, comunicándose aquéllos a la Administración de la Seguridad Social, y sin embargo aquella detecta tal engaño intencionado, por lo que no se otorga finalmente la prestación, ni se causa por ello el perjuicio requerido por el tipo, salvo que los documentos que acompañan a la solicitud de la prestación sean manifiestamente insuficientes para provocar el error en la Administración de la Seguridad Social, en cuyo caso podríamos hablar de una tentativa imposible o inidónea. O bien, por ejemplo, cuando la prestación se acaba obteniendo por cualquier otra causa, como ocurre en el delito de estafa.

Sin embargo, existen otros supuestos que en materia de *iter criminis* pueden generar alguna duda. Por ejemplo, en aquellos casos en los que la Seguridad Social detecta la existencia de una empresa ficticia, que da de alta falsamente a personas que no son trabajadores, an-

55 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 736.

tes de que éstos soliciten las prestaciones. En el ejemplo apuntado pueden generarse serias dudas sobre si se ha dado inicio a la ejecución del delito o no. Pensamos que si la constitución de la empresa ficticia se dirige ya desde el inicio a la obtención (o facilitación de obtención) de una prestación indebida del Sistema de la Seguridad Social, podrá afirmarse el comienzo de la ejecución de los hechos y, por tanto, la tentativa. Empero, cabría cuestionarse dicho comienzo de la ejecución en aquellos casos en los que, por ejemplo, el alta ficticia de los trabajadores se deba a otros fines (verbigracia: la obtención de un determinado permiso de residencia, la evitación de una expulsión, etc.). En estos supuestos la conducta no parece, en principio, incardinable en este delito.

11. Penalidad

La pena prevista para este delito oscila entre el mínimo de seis meses al máximo de tres años, con lo que es posible que la pena quede en suspenso si la condena finalmente no supera los dos años de prisión, siempre que se satisfaga la responsabilidad civil que resulte exigible y que, además, el sujeto haya delinquirido por vez primera, en virtud de las normas dimanantes del art. 81 del Código Penal.

El art. 307 ter contempla que “además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”. Esta previsión no resulta en modo alguno novedosa en nuestro sistema penal: así por ejemplo, ya el delito de fraude de subvenciones prevé una cláusula semejante, que además de aplicar una pena de prisión impone la “pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social”.

En ocasiones se ha alabado la eficacia de este tipo de sanciones a la hora de poner coto al ejercicio de ciertas actividades contrarias a intereses colectivos o particulares. Se trata de privar de un derecho al sujeto que, utilizando subrepticamente un mecanismo social, ha conseguido ejecutar un hecho delictivo⁵⁶. Más allá de los efectos preventivos que esta pena pueda tener, no puede obviarse que con esta disposición el sujeto, una

vez ha cometido el delito, podrá quedar desprovisto por tiempo de hasta seis años de toda acción asistencial por parte de la Seguridad Social, lo cual en ciertas ocasiones puede traducirse en el único medio (o medio principal) de subsistencia en sociedad. Si se le priva al sujeto de esta posibilidad (lo cual parece imperativo, dada la dicción literal del precepto: “se impondrá”), en algunos casos podrá anularse al mismo para una vida digna y con un mínimo de calidad, mandato que dimana del ya analizado art. 41 de la Constitución Española: el régimen asistencial de la Seguridad Social ha de garantizar “la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”. La situación se agrava en el caso de que se haya cometido el tipo agravado del número dos, esto es, que el valor de las prestaciones supere los 50.000 euros, en cuyo caso la pérdida del derecho a percibir subvenciones y beneficios o incentivos se impone por tiempo de cuatro a ocho años (la pena de prisión se eleva hasta los dos seis años, y además se impone una multa del tanto al séxtuplo del valor de la prestación indebidamente obtenida).

Compartimos con TERRADILLOS BASOCO la opción interpretativa que entiende que la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de beneficios o incentivos de la Seguridad Social no puede afectar a aquellas prestaciones a las que el sujeto trabajador o pensionista tuviese derecho, pues no resultaría en modo alguno admisible que el autor de este delito se viese privado, por ejemplo, de prestaciones por desempleo o de la correspondiente asistencia sanitaria. Por otra parte debe tenerse en cuenta que el art. 307 CP. permite privar al empresario defraudador tan sólo de los beneficios o incentivos que vayan más allá de lo que puede exigir el Sistema de Seguridad Social. Por ello “no sería sino burda manifestación, una vez más, de Derecho penal de autor, entender que en el caso de trabajadores pensionistas la respuesta penal debe ser más aflictiva”⁵⁷.

No obstante, y como adelantamos, el empleo de este tipo de penas privativas de Derechos resulta harto frecuente en este tipo de delitos (véase, verbigracia, el fraude de subvenciones), sin que sea este el lugar más apropiado para ahondar en la teoría general de estas penas privativas de Derechos, su fundamentación y correcta previsión para el caso que nos ocupa, por lo que nos limitamos a dejar señaladas estas pinceladas.

56 Vid. sobre ello: LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 6ª edición, revisada y puesta al día en colaboración con Mª Dolores Fernández Rodríguez, 2005, p. 78.

57 TERRADILLOS BASOCO, en Álvarez García (dir.), Dopico Gómez-Aller (coord.), *Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social...*, cit., p. 858.

Respecto de este extremo del precepto, pueden plantearse algunas dudas sobre la concreta naturaleza jurídica que ostenta el mismo. La discusión gira en torno a si la cláusula constituye una pena (privativa de derechos) o una medida de seguridad. Algún autor ha considerado, respecto de semejante previsión en otros delitos (fiscal, fraude de subvenciones) que nos encontramos ante una medida de seguridad de carácter postdelictual, apoyándose en el hecho de que el art. 39 CP., que contiene el catálogo de penas privativas de derechos, no contempla esta disposición⁵⁸. Por el contrario, considero que nos encontramos ante una pena privativa de derechos principal (no accesoria), que se impondrá *además* de la pena de privativa de libertad que proceda (de seis meses a tres años de prisión, como dijimos). Coincido con LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en señalar que la no inclusión de este precepto entre el catálogo de penas privativas de derechos del art. 39 CP. no constituye un argumento de peso a la hora de indagar en la naturaleza jurídica de aquél: existen muchos otros “olvidos” del legislador a lo largo del texto punitivo, lo que en modo alguno empece a indagar dogmáticamente en la verdadera naturaleza de las disposiciones contenidas en este texto legal⁵⁹.

12. Concursos y delitos conexos

Las conductas que conforman este tipo penal vendrán acompañadas en la mayoría de los casos por determinadas falsedades delictivas, como por ejemplo las que se produzcan en documento mercantil (v.gr.: contratos de trabajo falsos), o también en documentos oficiales. A pesar de ello no puede obviarse que en este último caso la falsedad lo será de tipo ideológica, y por tanto resultará impune cuando sea cometida por particulares, tal y como se decidió por el legislador en el Código Penal de 1995.

En cualquier caso, la reforma operada por LO. 7/2012 ha introducido una novedad en la redacción del delito del art. 398, relativo a la falsificación de certificados, excluyendo de este tipo penal los certificados relativos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social: “la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico será castigado con la pena de suspensión de

seis meses a dos años. Este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública”. Por ello, en la actualidad deberá sancionarse por falsedad en documento oficial del art. 392 CP. (más no como falsedad de certificados del art. 399 en relación con el art. 392 CP.) aquellas conductas de falsificación de certificados de situación de cotización por las empresas deudoras de la Seguridad Social que, a modo de contratistas o subcontratistas, remitan a las empresas principales la información en el marco de su relación jurídica⁶⁰.

En el Preámbulo de la LO. 7/2012 podemos encontrar la siguiente justificación: “existiendo un tipo penal propio de falsedad de certificados, surgía la duda de si debían calificarse estas conductas como falsedad en documento oficial cometido por particulares, o como falsedad de certificados cometido por particulares. Se ha estimado conveniente una nueva redacción del artículo 398 al que se remite el artículo 399 del Código Penal, que restrinja su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia y que excluya expresamente todo certificado relativo a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública, dada la trascendencia en el tráfico jurídico de certificados falsos en el ámbito tributario y de la Seguridad Social”.

Por lo demás, pese a la proximidad que venimos reconociendo entre el tipo penal analizado y el delito de estafa, no hay duda sobre la condición de aquél primero como delito especial respecto del art. 248 CP., por lo que resulta de aplicación preferente el art. 307 ter⁶¹.

13. Notas sobre la regularización

Hemos querido dejar para el final el análisis sobre algunas consideraciones acerca de la institución contenida en el art. 307 ter 3 CP. Dada la semejanza de esta cláusula con la contenida en el art. 307,3 CP., en lo que sigue sólo efectuaremos algunas precisiones y matices.

Señala el art. 307 ter en su apartado tercero que: “quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que

58 Por todos vid.: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Teoría de la pena*, Ed. Akal, Madrid, 1991, pp. 77 y ss. Como expone el autor, son de esta opinión, v. gr.: Ayala Gómez, Bajo Fernández o Arroyo Zapatero.

59 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, ob. cit., pp. 78-79.

60 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa...*, cit., p. 738.

61 *Ibidem.*, p. 735.

las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”. Se añade además, paralelamente a lo que ocurre en el delito de fraude contra la Seguridad Social (art. 307 CP.) que “la exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

En relación con la naturaleza jurídica de la regularización, si bien en el delito de defraudación del art. 307 CP., tras la reforma del Código Penal por L.O. 7/2012 por un sector doctrinal se ha mantenido que constituye un elemento de la tipicidad formulado negativamente⁶², por lo que hasta que no se produjese el nacimiento de las causas temporales de bloqueo (que suponen, por así decirlo, el instante de descubrimiento del fraude) el delito no podría entenderse consumado. De entenderse que la naturaleza jurídica de esta institución es la de elemento de la tipicidad, entonces el delito no se consumaría hasta que (a) se le haya notificado al sujeto la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las prestaciones, (b) antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, haya interpuesto querrela o denuncia contra aquél dirigida, o (c) antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción hayan realizado actuaciones que permitan al sujeto tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Sin embargo, pensamos que no puede mantenerse la naturaleza jurídica de causa de atipicidad de la cláusula de regularización. El delito ya se ha consumado en un instante anterior a la ejecución de la regularización

(en concreto, cuando se obtiene la prestación indebida originándose un perjuicio de carácter patrimonial, como señalamos *supra* en este mismo capítulo). Ello convierte a la regularización en un comportamiento postdelictivo de carácter positivo, pues opera *ex post facto* una vez se ha consumado el delito de fraude en las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. En concreto, la naturaleza jurídica de esta cláusula es la de causa de levantamiento o anulación de la pena.

En el delito que ahora analizamos, sin embargo, la discusión no se plantea en los mismos términos que en el delito del art. 307 CP., pues en el fraude de prestaciones no se incorporan los efectos de la impunidad a la que pudiéramos denominar “descripción del injusto” como ocurre por el contrario en el art. 307,1 CP., sino que se conserva la fórmula por la cual los efectos liberadores de pena se recogen en un precepto autónomo bajo la fórmula “quedará exento de responsabilidad criminal...”, por lo que no parece abrigar dudas la calificación de esta institución como causa de levantamiento de pena, que en nada afecta a la tipicidad ni la antijuridicidad del fraude (que ya existe como delito) sino que tan solo viene a desplazar la punibilidad del mismo.

El comportamiento postdelictivo positivo que permite al sujeto quedar libre de sanción penal en el art. 307 ter CP. pasa por el *reintegro* de una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, por lo que se aproxima más a la regulación de este mismo instituto en sede del fraude de subvenciones (art. 308 CP.).

Concebido este mecanismo como fórmula de especial reparación, tiene pleno sentido exigir del sujeto el reintegro de las cantidades obtenidas indebidamente a modo de prestación por parte de la Seguridad Social a la hora de beneficiarle con la anulación de pena. Empero, desde los términos de *reparación* no se comprende que se exija del sujeto el abono de dichas cuantías incrementadas porcentualmente, pues entendemos que cuando el sujeto reintegra el valor de tales prestaciones, de forma objetivamente espontánea (esto es, antes de que surja alguna de las causas de bloqueo previstas en este precepto) ya demuestra con ello una reducida necesidad de pena (desde las necesidades preventivo

62 Vid., por ejemplo: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013, pp. 971-972; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Algunas reflexiones sobre la reforma penal”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 47, enero-febrero de 2013, p. 44; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 12, 2012, pp. 222-223; y MUÑOZ CUESTA, J.: “La reforma del delito fiscal operada por L.O. 7/2012, de 27 de diciembre”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2013, en: <http://aranzadi.aranzadigital.es>.

generales y especiales de la misma) por retornar voluntariamente al círculo de la legalidad (no se trata de un regreso a la moralidad, sino de un retorno a la legalidad, por lo que resultan superfluos los motivos por los que, en realidad, el sujeto decide regularizar su situación ante la Seguridad Social). El reintegro de las cuantías indebidamente obtenidas a modo de prestación ya compensa el desvalor del hecho en este delito. Todo lo que va más allá del reintegro de tales cantidades no puede ser tildado de *reparación* en sede penal. Excede de la reparación, por tanto, la exigencia en sede penal de reintegro de cantidades adicionales a las realmente percibidas por el sujeto, por lo que puede afirmarse que, de *lege data*, subyace en este precepto un nuevo ejemplo de cómo en ocasiones las finalidades coyunturales del legislador, en este caso de tipo recaudatorias, superan con creces a las fundamentaciones que deben explicar penalmente este tipo de mecanismos.

Por último, el precepto hace extensible el efecto anulador de pena a las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a las prestaciones defraudadas objeto de reintegro, el sujeto pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación. Esta disposición, creemos, posee dos posibles exégesis:

Por un lado, en empleo de una interpretación restrictiva del precepto, pensamos que la extensión de los efectos liberadores de pena para el caso de las falsedades instrumentales sólo debe resultar admisible en la medida en que las mismas *carezcan de autonomía punitiva* respecto del delito de defraudación. El carácter *instrumental* y de *exclusiva relación con el fraude* debe entenderse en el sentido de que las falsedades formen parte integrante de la propia defraudación, esto es,

que no resulten punibles autónomamente, al margen de aquella, integrando ya el desvalor propio de la defraudación⁶³. Con el empleo de esta concreta interpretación es posible seguir fundamentando el extremo de la norma referido a las falsedades desde un *telos* de carácter penal, pues al considerarse que sólo pueden beneficiarse de la impunidad aquellas falsedades instrumentales que carezcan de autonomía punitiva (esto es, aquellas cuyo desvalor está ya consumido en la propia defraudación, formando parte integrante del fraude mismo) todavía puede afirmarse una disminuida necesidad de pena a través del comportamiento reparador llevado a cabo espontáneamente por el sujeto, que compensa ese *conjunto delictivo* que constituye el fraude (pues, además, con el reintegro de las cantidades a la Seguridad Social se está reconociendo, de forma pareja, la existencia de un ilícito de falsedad, también de manera voluntaria)⁶⁴.

Por otro lado, la explicación anterior no obsta para reconocer la existencia de un interés político criminal del Estado en lograr la reparación de la Seguridad Social y la consecución de un claro interés fiscal recaudatorio. La proclamación de la impunidad para estos concretos delitos de falsedades instrumentales al fraude constituye un reflejo claro de dicho interés: para fomentar la reparación de la Seguridad Social el legislador libera de pena también por estos delitos, pues en caso contrario no se estaría *fomentando* dicha reparación, y el sujeto no regularizaría su situación sabedor de que finalmente será sancionado por estos delitos vehiculares al fraude (preferiría continuar en la ilegalidad antes que asumir el seguro cumplimiento de una pena determinada por el delito de falsedad cometido).

63 Vid.: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 18ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2010, p. 1062, si bien en relación con este extremo de la norma en el art. 307,3 CP.

64 Vid.: NARVÁEZ BERMEJO, M. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 112.