



La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido*



Miguel Bustos Rubio
Pilar Gómez Pavón

Universidad de Salamanca
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *El presente trabajo aborda una parte de aquello que se ha venido a denominar “Derecho penal de la Seguridad Social”, el cual es el estudio del interés jurídico protegido por estos delitos. En España, la institución de la Seguridad Social ha ido cobrando, con el tiempo, destacada importancia, por lo que también la respuesta penal debe ser objeto de examen crítico. Como parte de un estudio más completo, en estas páginas se ofrece una concepción propia sobre el objeto de protección en estos delitos, actualizada a la luz de la reforma operada por la LO 7/2012 en el Código Penal español, y a la luz del texto constitucional.*

PALABRAS CLAVE: *Defraudación, Seguridad Social, bien jurídico, fraude de prestaciones.*

ABSTRACT: *This paper deals with a part of what has been denominated as "Criminal Law of Social Security", which is the study of the legal interest protected by these crimes. In Spain, the Social Security Institution has been gaining, with time, outstanding relevance, so the penal response must be object of critical examination as well. As part of a more complete study, in this pages it is offered an own conception of the object of protection in these crimes, updated in the light of the reform operated by the LO 7/2012 in the Spanish Penal Code and the constitutional text.*

KEY WORDS: *Fraud, security Social, well legal, fraud of benefits.*

SUMARIO: *I. A modo de introducción; II. Evolución legislativa de los delitos contra la Seguridad Social en España; III. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social. Análisis desde la reforma operada por la LO 7/2012; IV. La importancia del art. 41 de la Constitución Española en la determinación del bien jurídico. Protección dinámica de la Seguridad Social.*

* Este trabajo ha sido previamente publicado en España, en el libro homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta (vid. Maqueda Abreu, M^a.L., Martín Lorenzo, M., y Ventura Püschel, A. (coords.), *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, UCM, Madrid, 2016).

I. A modo de introducción

Con razón señalaba Emilio Octavio de Toledo y Ubieto que las tipicidades agrupadas en el Título XIV del Código Penal son “conductas contrarias a la ordenación pública de la economía (u ‘orden económico’, ‘orden económico en sentido estricto’ o ‘intervención del Estado en la economía a través de la Hacienda Pública y la Seguridad Social’)”.¹ Ello explica el abrumador interés del Poder Legislativo por este conjunto de delitos, íntimamente conectados a la economía estatal e incluso, diríamos, imbricados a la mejor o peor salud del propio Estado y de sus instituciones.

En lo que sigue, como una parte de un estudio más completo,² vamos a analizar el bien jurídico protegido en los artículos 307 y 307 ter del Código Penal español, determinación precisa para poder afirmar que nos encontramos ante tipos de delitos que protegen la intervención del Estado en la economía, frente a los ataques que se entiendan más graves. Exposición que comienza con una breve referencia a los antecedentes legislativos, desde la primera inclusión de estos delitos en el Código Penal español. La evolución de estos tipos penales es significativa en relación con el bien jurídico protegido, ya que aunque la ubicación en un determinado Título o capítulo del texto penal no es el criterio determinante para el establecimiento del interés objeto de tutela, en este caso no puede dejarse de tomar en consideración que tras una inicial tipificación como un delito contra los derechos de los trabajadores, actualmente se incluye al lado de aquellos que atacan contra la Hacienda Pública, lo que no puede dejar de suponer un cambio en el objeto de protección.

II. Evolución legislativa de los delitos contra la Seguridad Social en España

En los últimos años estamos asistiendo a una creciente preocupación por determinadas conductas atentatorias contra el sistema de Seguridad Social en nuestro país. Tradicionalmente, quizá por el mayor interés que suscitó el estudio del delito de fraude contra la Hacienda Pública y análogos, las conductas de fraude contra la Seguridad Social han recibido una menor atención por parte de la doctrina científica que, en numerosas ocasiones, se ha contentado con trasladar al tipo penal del art. 307 CP³ diferentes consideraciones y opiniones vertidas al albur del delito fiscal, limitándose sencillamente a realizar algunas matizaciones. No obstante, sea a causa de determinados estudios ulteriores que han puesto de manifiesto las particularidades de esta modalidad de fraude, sea por el creciente interés político criminal o recaudatorio del Estado —por otra parte no ocultado, tal y como se desprende de los Preámbulos legales—⁴ en la lucha contra este tipo de defraudaciones que ponen en peligro el sistema de Seguridad Social en una etapa de crisis económica como la que ahora sufrimos, lo cierto es que en la actualidad estamos asistiendo a un renovado interés por el estudio de aquellos tipos penales, sean tradicionales o novedosos, que de una forma u otra atacan contra la institución de la Seguridad Social.

El delito de defraudación a la Seguridad Social es relativamente nuevo en la legislación penal española. Se introduce por Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio,⁵ que lo recoge en su artículo 349 bis de forma idéntica al delito fiscal (como ya señalamos, tipo penal de mayor tradición).⁶ La inclusión de estos delitos

¹ De Toledo y Ubieto, O.E., “Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009, pp. 63 y 64.

² Vid. ampliamente: Gómez Pavón, P., Armendáriz León, C., Pedreira González, F.M., y Bustos Rubio M., *Delitos de defraudación a la Seguridad Social y delitos contra los derechos de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2015.

³ “El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo [...]”.

⁴ Según el Preámbulo de la última ley modificadora de estos delitos, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social tiene por misión “la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas; actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas”.

⁵ BOE, núm. 155, de 30 de junio de 1995.

⁶ Artículo 349 bis del Código Penal de 1973: “1. Las penas señaladas en el número 1 del artículo 349 de este código serán aplicables

en el Código Penal fue acompañada de una profunda reforma de todos aquellos tipos penales atentatorios contra la Hacienda Pública. De este modo, se configuró un nuevo Título en el Libro II del texto penal bajo el epígrafe “Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”. Ello implicó, en primer lugar, una separación de estos ilícitos de los delitos contra los derechos de los trabajadores —lo que, como ya adelantamos, no resulta baladí en la interpretación de estos tipos y, muy particularmente, en la determinación del interés jurídico protegido— y, en segundo lugar, una escisión de los denominados delitos patrimoniales. De su inicial ámbito de aplicación se excluyeron los fraudes en las prestaciones por desempleo y otras, lo que fue considerado por algún autor como un acierto, puesto que los supuestos más graves de este tipo de fraudes podrían incluirse en los tradicionales delitos de estafa y falsedad.⁷ Esta situación ha sido modificada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, con la introducción de un nuevo tipo penal que criminaliza, en el mismo Título, las conductas de fraude en el sistema de prestaciones de la Seguridad Social: el art. 307 ter; cambio legislativo que tiene relevancia con el objeto de estas líneas y sobre el que volveremos más adelante.

El Código Penal que se aprueba por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, incluye tanto los

delitos contra la Hacienda Pública como contra la Seguridad Social prácticamente sin modificaciones, excepto las obligadas para adecuar la pena al nuevo sistema. Al mismo criterio obedece la supresión de la exigencia de la necesidad de dolo, ya que tras la aprobación de este texto penal la incriminación de las modalidades imprudentes, a tenor del artículo 12, deja de serlo con carácter general para ser posible solo en los casos expresamente previstos en el texto. El resto de las modificaciones son simplemente de estilo.⁸

Con posterioridad, la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003 acercó todavía más este delito al contenido en el artículo 305 CP, igualando las cuantías mínimas (120 000 euros) y suprimiendo la expresión “para eludir” por el gerundio del verbo “eludiendo”, tal como se empleaba ya en el delito de defraudación a la Hacienda Pública. Por su parte, la reforma que tuvo lugar en el año 2004 introdujo un cambio relevante en el artículo 307 CP, suprimiéndose la referencia al ánimo de defraudar en el comportamiento del autor.⁹

Las ulteriores reformas han mantenido el tipo sin modificaciones hasta el último y reciente cambio operado por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que ha supuesto un cambio importante de política legislativa en el delito objeto de estudio. Prueba del interés del legislador en configurar un

al que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de éstas y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones indebidas exceda de 15 000 000 de pesetas. Las penas señaladas en el artículo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social. b) La especial transcendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizada que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social. 2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquellas correspondan a un periodo inferior a doce meses. 3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.”

⁷ Chazarra Quinto, A., *Delitos contra la Seguridad Social*, Valencia, 2002, p. 139.

⁸ No vamos a extendernos ahora en el tratamiento que con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1995 se daba a estos supuestos, bien como delito de estafa, bien de apropiación indebida en relación con la cuota obrera, ni tampoco a la discusión generada en su momento al albur de dicha cuestión, ya que no es el momento y lugar y sobre todo excedería de los límites fijados para este trabajo. Sobre ello y el tratamiento en los diferentes Anteproyectos y Proyectos de Código Penal, vid. ampliamente Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

⁹ Artículo 307 del Código Penal en vigor hasta el 30 de septiembre de 2004: “1. El que por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones indebidas exceda de quince millones de pesetas será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía [...]”. Realmente la exigencia en el texto legal de ese especial ánimo de defraudar no añadía nada a la descripción típica, más cuando el artículo 12 del Código Penal modifica el sistema de la incriminación imprudente.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

nuevo Derecho penal fiscal y contra la Seguridad Social es el hecho de que, anunciándose próximamente una reforma del Código Penal de mayor calado, se adelante la relativa a estos delitos mediante una Ley autónoma. Tras esta última reforma se mantiene la regulación conjunta en el Título XIV del Libro II del Código Penal de estos tipos delictivos, bajo la denominación “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en los artículos 305 a 310 bis; los primeros dedicados al denominado *fraude fiscal* y a partir del artículo 307 a los delitos contra la Seguridad Social. El artículo 310 recoge el delito contable, de omisión de la obligación de llevar contabilidad mercantil, mientras que el 310 bis establece la responsabilidad penal de personas jurídicas para todos los delitos del Título.¹⁰

Ya dentro de los delitos contra la Seguridad Social, además de la modificación común con el delito fiscal en relación con la regularización, que ya ha provocado importantes pronunciamientos en la doctrina penal —sobre todo a la luz de una pretendida nueva naturaleza jurídica que convertiría esta institución en una causa de atipicidad, opinión que nosotros rechazamos expresamente dados los problemas que en orden a la consumación y el cómputo de la prescripción ocasionaria—¹¹ se producen otras reformas, como la modificación de la cuantía de la defraudación en el artículo 307, que se rebaja a los 50 000 euros, así como el crite-

rio para su cómputo. En el mismo artículo se introduce un nuevo inciso para aclarar que “la mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación si ésta queda acreditada por otros hechos”,¹² disposición legal que raya en el absurdo, por innecesario, si se tiene en cuenta que aun prescindiendo de esta “interpretación auténtica” del legislador ya con la presentación de documentos que presentasen una cotización falseada, manipulada o alterada, era posible afirmar la defraudación (pues ésta no consiste en “dejar de pagar” sino más bien en “ocultar” la información a la Seguridad Social).

Pero los cambios van más allá en este artículo 307. Se incluye un cuarto apartado para regular expresamente la falta de efecto paralizador o suspensivo del procedimiento penal sobre el administrativo ya iniciado para el cobro de la deuda; se integra en la responsabilidad civil derivada de este delito la deuda que la Administración no haya podido liquidar y hacer efectiva por prescripción (número 6 del precepto), y se establece una atenuante cuando la regularización no es posible por no cumplirse con las condiciones establecidas en este mismo precepto, pero se hace frente a la deuda en un determinado periodo o se observa una actuación “colaboradora” con la justicia una vez iniciado el procedimiento. Se modifican también parcialmente los subtipos agravados, ahora recogidos en un nuevo artículo 307 bis; en concreto,

¹⁰ “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 un periodo 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.”

¹¹ No podemos ocuparnos en este momento y con la innegable profundidad que este tema reclama de la naturaleza jurídica de la institución de la regularización tras la reforma de 2012. Ampliamente sobre la incidencia de esta reforma en la naturaleza jurídica de la regularización, vid. Serrano González de Murillo, J.L., y Merino Jara, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal”, *Diario La Ley*, 2013, pp. 1 y ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 12, 2012, pp. 222-223; Bacigalupo, E., “La reforma del delito contra la Seguridad Social por la LO 7/2007 (I)”, *Diario La Ley*, 2013, pp. 5 y ss.; Aparicio Díaz, L., “La nueva reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”, *Diario La Ley*, 2012, pp. 16 y ss.; Vidales Rodríguez, C., “Derecho penal del amigo (reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, septiembre-diciembre de 2013, pp. 274 y ss.; Paredes Rodríguez, J.M., “La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. VI, núm. 4, julio de 2013, pp. 151 y ss.; 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”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 42, vol. XIV, septiembre de 2012, pp. 177 y ss.; y Rillo Peralta, E., “La nueva redacción del delito contra la Seguridad Social (I)”, *Revista Técnico Laboral*, vol. 34, núm. 135, 2013, pp. 48 y ss.

¹² Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012, de modificación del Código Penal.

se introduce uno nuevo para supuestos especialmente graves por la cuantía de la defraudación que coincide con la fijada anteriormente para establecer la diferencia con la infracción administrativa (120 000 euros).

Particularmente importante resulta la introducción de un nuevo artículo 307 ter en el que se tipifica la obtención indebida, para sí o para otro, de prestaciones del sistema de Seguridad Social, o su prolongación, así como facilitárselo a otro mediante el error provocado por simulación o tergiversación de hechos, ocultación consciente de los que tenía el deber de informar, siempre que con ello se cause un perjuicio a la Administración Pública. Este nuevo delito, el fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, no sólo implica la tipificación autónoma de una serie de hechos que tradicionalmente venían siendo sancionados como estafa (o, en algunos casos, como fraude de subvenciones), sino que, como de inmediato comprobaremos, supone un verdadero cambio de paradigma en la concepción del Derecho penal de la Seguridad Social y, más en concreto, afecta a la consideración del objeto de protección de este conjunto de delitos.

Puede llamar la atención el hecho de que a pesar de tanta reforma en estos delitos el legislador haya optado por no separar la regulación de los ilícitos de fraude contra la Hacienda Pública de los defraudatorios contra la Seguridad Social, que al día de hoy mantienen su regulación conjunta. Sin embargo, esta opción nos parece correcta tanto por lo que significa en relación con el bien jurídico protegido como por su inclusión en el denominado Derecho penal socioeconómico en sentido estricto. Con independencia de analizar posteriormente el objeto de protección penal en los delitos contra la Seguridad Social, entendemos que su colocación junto al delito de defraudación a la Hacienda Pública lo aleja del ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, que de esta forma no podrán ser considerados sujetos pasivos de estos delitos, ya que no son los titulares del bien jurídico protegido, ni tampoco perjudicados por el tipo

penal, al menos de forma directa.¹³ Y por otra parte, su colocación al lado de esos otros delitos de defraudación a la Hacienda Pública permite afirmar que nos encontramos ante un genuino delito socioeconómico, y dentro de ellos a uno perteneciente al denominado Derecho penal económico en sentido estricto, es decir, a aquél sector del ordenamiento jurídico que se ocupa de la intervención del Estado en la economía.¹⁴ Lo que de otra parte —pensamos— fundamenta directamente la inclusión en el Código Penal de estos delitos: la incriminación lo es en cuanto lo defraudado suponga, de una u otra forma, la lesión o puesta en peligro del cumplimiento de las funciones asignadas al Estado en este orden.¹⁵ Y ello no puede pasar desapercibido a la hora de establecer cuál es el interés jurídico tutelado en estos delitos.

Esta breve exposición no es más que una sintetizada exégesis de la evolución de estos delitos, desde una inicial tipificación cercana a los derechos de los trabajadores, hasta la actual regulación que coloca al fraude contra la Seguridad Social al lado de los delitos contra la Hacienda Pública. Evolución que ha avanzado, por tanto, hacia una mayor autonomía en el sistema de protección penal de la Seguridad Social y que, como vamos a ver, resulta fundamental para poder establecer el interés tutelado en estos tipos penales.

III. El bien jurídico protegido en los delitos contra la Seguridad Social. Análisis desde la reforma operada por la LO 7/2012

No vamos a entrar ahora en la discusión en torno a la función del bien jurídico como objeto de protección de la norma, en cuanto no es objeto de este trabajo. De lo que se trata es de establecer cuál es el interés jurídico tutelado en los delitos de fraude contra el sistema de la Seguridad Social, a causa del cumplimiento de las funciones que dentro de la teoría jurídica del delito se vienen asignando a esta institución. La concreción de un concreto bien jurídico sirve, en primer

¹³ Cuestión diferente es el impacto que estos delitos pudieran llegar a tener en el sistema de previsión social.

¹⁴ La distinción entre un concepto de Derecho penal económico en sentido estricto y otro en sentido amplio es de sobra conocida, por lo que no vamos a detenernos en su explicación. Baste decir que la primera de las acepciones se refiere a aquellos delitos que atentan contra la intervención del Estado en la economía, y la segunda abarca todo el proceso de producción hasta la puesta en el mercado del bien a disposición del usuario o consumidor. Sobre ello vid., por todos, Bajo Fernández, M., y Bacigalupo Saggese, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, pp. 12 y ss.

¹⁵ La falta de cumplimiento de esas funciones, por un medio u otro, deslegitimaría el empleo del Derecho en este ámbito; el recorte de prestaciones sociales debería llevar aparejado el de las cotizaciones, salvo en momentos coyunturales.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

lugar, para establecer la legitimación del empleo del Derecho penal en su protección, pero también cumple, en segundo término, con una función limitadora e interpretativa del tipo de que se trate. Y en ese solo sentido nos vamos a referir al bien jurídico protegido en este tipo de delitos.¹⁶

Por la doctrina se han formulado distintas tesis en torno al interés protegido, tanto en este delito como en el de fraude a la Hacienda Pública. La tesis inicial consideraba que eran delitos meramente formales, sin objeto jurídico de protección.¹⁷ Esta postura ha sido hoy superada,¹⁸ pues resulta inasumible en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, en el que el Derecho penal se sustenta en un *principio de ofensividad* o de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, que preconiza el dogma *nullum crimen sine iniuria*, es decir, que todo delito comporta por necesidad una ofensa o lesión a un bien jurídico determinado. Otras tesis señalaban la fe pública como interés jurídicamente protegido en estos tipos penales, basado en la infracción de un deber de lealtad del funcionario con la Hacienda Pública y por extensión con la Seguridad Social, lo que supondría convertirlo en un delito de mera actividad, donde la cuantía de la defraudación actuaría como condición objetiva de punibilidad. Postura que dentro de la doctrina española se vio favorecida en su momento por la ubicación del

delito fiscal entre los de falsedades, aun cuando no fue mantenida de forma mayoritaria.¹⁹

Tampoco ha tenido una aceptación mayoritaria la tesis que considera que el delito de defraudación a la Seguridad Social, al igual que el delito fiscal, atenta contra el deber de lealtad del ciudadano para con el Estado en estas materias, tesis que convertiría al delito en uno de infracción de deber.²⁰ Sin embargo, hay que señalar que importantes sectores de la doctrina sí aproximan estos delitos a los de infracción de un deber. Así, por ejemplo, Bacigalupo, en referencia al delito fiscal, ha considerado que el interés protegido es “la pretensión del Estado de contar con una colaboración leal de los ciudadanos en la determinación de los hechos imposables”.²¹ Más actualmente, analizando la modificación del delito fiscal tras la reforma operada por la LO 7/2012, el mismo autor señala que “la norma que está detrás del art. 305 CP dice: ‘debes cumplir con tus obligaciones fiscales’”.²² En semejante sentido se pronunció RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, también en referencia al delito fiscal, entiende que “la creación de un delito obedece en ocasiones precisamente a la pérdida de vigencia o relajación de un valor moral [...] El Derecho penal cumple no sólo una función puramente conservadora de los valores actuales, sino también una función activa tendente a suscitar la vigencia de otros”.²³ Esta opinión ha sido

¹⁶ Se ha discutido por la doctrina si todos los bienes objeto de protección penal deben estar recogidos en la Constitución o si es posible otorgar esta protección a otros distintos. Entendemos que cuando se dice que todos están recogidos en el texto constitucional no significa que lo sea de forma expresa, sino que tienen que derivar y posibilitar los principios consagrados en su artículo 1. Pero esto no significa que todo bien jurídico que derive de ellos deba ser objeto de protección penal. En este sentido, Carbonell Mateu, J.-C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, 1999, p. 217. Vid. también Álvarez García, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 5 y ss., para quien la protección penal de intereses situados fuera de la Constitución sería contrario a ella.

¹⁷ Ver la exposición realizada por Cerezo Mir, J., *Derecho penal. Parte general, vol. I*, Introducción, Madrid, 1996, pp. 43 y ss., sobre las teorías de Goldschmidt de las que parten las tesis que niegan la existencia de bien jurídico en este delito. Cfr. también la exposición de Ferré Olivé, J.C., *El delito contable*, Barcelona, 1988, p. 42.

¹⁸ Vid. por todos, Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 162-163.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Así, por ejemplo, Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 307 y ss. Inicialmente por algunos autores como Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho penal*, t. III, 2ª ed., Madrid, 1978, se mantuvo que el delito fiscal era una modalidad de desobediencia, en la que la ilicitud consistiría en la rebeldía al requerimiento y no en la falta de declaración o pago.

²¹ Bacigalupo, E., “El delito fiscal en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 56, 1979, pp. 79 y ss. Más actualmente, sin embargo, puede leerse a este autor: “la hacienda pública es el patrimonio del Estado y [...] sustancialmente el delito fiscal, por lo tanto, es un delito contra el patrimonio del Estado” (vid. Bacigalupo, E., *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra, 2012, p. 32).

²² Bacigalupo, E., “La reforma del delito fiscal por la LO 7/2007 (1)”, *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 37, 13 a 19 de mayo, 2013, p. 6. El texto de este artículo se corresponde con la conferencia ofrecida por el autor en el acto de clausura del Máster de Derecho Penal Económico de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, de fecha 6 de marzo de 2013.

²³ Rodríguez Mourullo, G., *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid, 1974, p. 33.

mantenida también por otros autores²⁴ y puede vislumbrarse en alguna resolución jurisprudencial.²⁵

Si bien es cierto que el Derecho fiscal o recaudatorio puede imponer ciertos deberes de colaboración a los ciudadanos, dicho deber no puede influir en la determinación del interés jurídico protegido por el Derecho penal, ni tampoco puede eliminar la necesidad de indagar en el verdadero objeto jurídico de protección como propugna una visión *jakobsiana* de los delitos de infracción de deber.²⁶ Para Ferré Olivé, “este género de planteamientos, que colocan la esencia del injusto en la lealtad o deslealtad, persiguen lograr una determinada actitud interna frente al Estado, y lo que en realidad termina siendo castigado con una pena es esa actitud desleal. El profundizar la idea del deber de lealtad como objeto jurídico del delito produce un acercamiento a las ideas nacional-socialistas de la escuela de *Kiel*, y un abandono del Derecho penal del acto, indispensable en un Estado social y democrático de Derecho”.²⁷ Sea como sea, aun afirmando que el delito de fraude contra la Seguridad Social se construya con base en una infracción de deberes, ello no implica, sin más, que el contenido de injusto se agote, ya en aquella infracción del deber, siendo imprescindible aún constatar la afección a un determinado bien o interés digno de protección jurídico penal, sólo así, pensamos, se salvaguarda el principio de lesividad.²⁸

En este momento las posturas mantenidas en torno al bien jurídico protegido en el delito objeto de estudio se pueden agrupar en dos: la que se suele denominar postura *patrimonialista*, y la llamada postura *funcionalista*. Para la primera la característica común sería considerar el patrimonio de la Seguridad Social como interés jurídico protegido, en tanto que para la segunda dicho interés se identificaría con la función recaudatoria de la Seguridad Social, que habría que proteger.²⁹ Tesis que, sin embargo, se han formulado con anterioridad a la última reforma del Código Penal en esta materia, y que por tanto no han incluido como objeto material del delito las prestaciones de la Seguridad Social (nuevo art. 307 ter), extremo que consideramos importante en la determinación del interés jurídico protegido.

Las denominadas tesis *patrimonialistas* señalan como bien jurídico protegido el patrimonio de la Seguridad Social,³⁰ incluyéndose por exigencia legal los conceptos de recaudación conjunta, que si bien en sentido estricto no pueden ser considerados patrimonio de la Seguridad Social, sí formarían parte del objeto material del delito, y se refieren a las cuotas por desempleo, aportaciones al Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, lo que lleva a considerar que también este patrimonio sería parte del objeto jurídico de protección.³¹

²⁴ Como ejemplo, puede citarse a Cardona Torres, quien en la actualidad es de la opinión de que el bien jurídico tutelado por este tipo penal “es el cumplimiento de los deberes de solidaridad de todos para con los servicios que el Estado ofrece a la sociedad mediante la asignación de los recursos públicos”; vid. Cardona Torres, J., *Derecho penal parte especial*, Barcelona, 2010, p. 342. Por su parte, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “El elemento ‘fraude’ en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en Silva Sánchez, J.M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, 2003, p. 110, ha mantenido que “el tipo de defraudación a la Seguridad Social gira en torno a un deber de colaborar elevado a la categoría de cuasi institucional, cuya infracción constituye la razón de la prohibición”.

²⁵ Así, v. gr., la STS 31/2012, de 19 de enero, Sala 2ª, FD. 2º (Tol 2436612), que se expresó en los términos siguientes: “la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria [...] constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina”. En idéntico sentido: STS 801/2008, de 26 de noviembre, Sala 2ª, FD 4º (Tol 1413517); y STS 1244/2003, de 3 de octubre, Sala 2ª, FD 4º (Tol 316511). Por su parte también la STAP de Alicante, de 2 de octubre de 2006 (Tol 1803492), en su FD 1º indica que “este tipo de delitos consisten en la infracción de un deber impuesto por las normas tributarias”.

²⁶ Desde la concepción de Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal en los delitos de infracción de deber radica en la infracción misma de un determinado deber extrapenal (deber que nace de una concreta “relación institucional” que excede del mero defecto en la “propia organización”), y no en la lesión de un bien jurídico. Vid. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 39.

²⁷ Ferré Olivé, *op. cit.*, pp. 43 y 44. Como ha señalado este autor en otra de sus investigaciones, no puede acogerse un pretendido deber de lealtad en este tipo de delitos, pues la lealtad no supone un concepto jurídico, sino ético: “la lealtad tributaria es un concepto ético-político, incapaz de ser útil para limitar el poder punitivo del Estado” (vid. Ferré Olivé, J.C., “El bien jurídico protegido en los delitos tributarios”, *Revista Penal*, núm. 33, 2014, p. 93, nota al pie núm. 9).

²⁸ Ferré Olivé, *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, *op. cit.*, p. 98.

²⁹ Vid. Brandáriz García, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Valencia, 2000, pp. 347 y ss.

³⁰ La defienden, entre otros, Martínez Buján Pérez, C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995, p. 83; éste mismo, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 716; Boiz Reig, J., y Mira Benavent, J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000, p. 30; Brandáriz García, *op. cit.*, pp. 347-376; Álvarez

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

Algunos de los autores que defienden la concepción del patrimonio como bien jurídico tutelado acuden a la LO 6/1995, de 29 de junio, para fundamentar su opinión.³² En concreto, se apoyan en el texto de la Exposición de Motivos cuando expone que: “la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un *específico delito contra el patrimonio* de la misma”,³³ postura semejante a la mantenida por la STS de 18 de noviembre de 1997, que en su Fundamento de Derecho Primero consideró que la protección del patrimonio de la Seguridad Social, con objeto de posibilitar el cumplimiento de las funciones institucionales de ésta, “se desprende de la propia Exposición de Motivos de la LO 6/1.995”.³⁴

Estos autores consideran que el comportamiento individual de un sujeto defraudador no es susceptible de lesionar la pretendida “función recaudatoria” de la Administración, pues no daña ni pone en peligro la función de las cotizaciones en el sistema de Seguridad Social, haciéndose necesaria en todo caso una repetición *ad infinitum* de dichos comportamientos para poder lesionar de forma efectiva el correcto y normal funcionamiento del sistema recaudatorio de la Seguridad Social.³⁵

Para la concepción patrimonialista, entender la función recaudatoria como objeto de protección en el delito de defraudación a la Seguridad Social conlleva convertir a este delito en un simple instrumento al servicio de fines meramente administrativos. En este sentido, de señalarse como bien jurídico a la función recaudatoria, entendida ésta como el ejercicio admi-

nistrativo dirigido a la realización de créditos o derechos que son parte del patrimonio de la Seguridad Social, se cuestionaría la legitimidad misma del delito, pues tal función no podría ser objeto de tutela penal. En opinión de estos autores, concebir la actividad recaudatoria de la Administración como un bien jurídico protegido supone asumir el carácter instrumental del tipo penal al servicio de fines ajenos, lo que culminaría finalmente en la imposibilidad de apreciar en la pretendida actividad recaudatoria “las notas exigibles para poder hablar, a la luz del carácter fragmentario del Derecho penal, de un bien digno de ser salvaguardado por medio de normas penales”; de otro modo, el delito se convertiría en un “mero apéndice instrumental de una actividad administrativa, usado a conveniencia por un organismo de acuerdo con las cotidianas necesidades de su función gestora”.³⁶ Pensamos, sin embargo, que este sector confunde los términos de la determinación del bien jurídico en este delito: desde una visión funcionalista no se trata de proteger la *recaudación* de la Seguridad Social, como si el Código Penal tratase de suplir la función que le corresponde a la Tesorería, sino de proteger el *correcto funcionamiento de esa actividad recaudatoria* frente a ataques fraudulentos graves.

Este sector de la doctrina considera que nos encontramos ante un delito de resultado, que exige por ello comprobar la efectiva lesión al patrimonio de la Seguridad Social. Según esta línea de pensamiento, si se hubiera querido configurar este delito como atentatorio de la “función recaudatoria” la redacción del tipo no debería exigir la causación de un perjuicio pa-

Moreno, A., “Los delitos contra la Seguridad Social”, *Revista Tribuna Social*, núm. 67, 1996, p. 38; Morales Prats, F., “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en Quintero Olivares, G. (dir.), y Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Navarra, 2011, p. 1100; Chazarra Quinto, *op. cit.*, pp. 178 y ss.; Muñoz Cuesta, J., “La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2013, en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; Piqué Vidal, J., “Delitos contra la Seguridad Social”, en Aragonés Beltrán, E. (coord.), Abril Abadín, F., Aragonés Beltrán, E., Bañeres Santos, F., *et al.*, *Nueva regulación del delito fiscal y contra la Seguridad Social (Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio)*, Barcelona, 1995, pp. 112 y 113; Escobar Jiménez, R., “El delito de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 del Código Penal)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 281, 1997, p. 1; Requejo Conde, C., “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en Polaino Navarrete, M. (dir.), en VV.AA., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Madrid, 2011, pp. 215 y ss.; y Reyes Olea, M.C., “Consideraciones en torno al nuevo delito contra la Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 4086, 1996, p. 1313.

³¹ Vid. Martínez Lucas, J.A., *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Valencia, 2002, p. 44.

³² Bajo Fernández, y Bacigalupo Saggese, *op. cit.*, p. 342.

³³ Exposición de Motivos LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1995.

³⁴ STS de 18 de noviembre de 1997, Sala 2ª, FD 1º (Iustel, §215749).

³⁵ Martínez Buján Pérez, *op. cit.*, p. 82; Martínez Lucas, *op. cit.*, p. 50; Chazarra Quinto, *op. cit.*, p. 178; y Brandáriz García, *op. cit.*, p. 358.

³⁶ Brandáriz García, *op. cit.*, p. 357.

trimonial (en la actualidad 50 000 euros).³⁷ La cuantía recogida por el delito tendría, por tanto, la naturaleza jurídica de elemento del tipo, siendo ésta el resultado típico de la defraudación³⁸ (así lo entendió también, por ejemplo y entre otras,³⁹ la STS de 11 de julio de 2000, en su Fundamento de Derecho 2º, considerando atípica una defraudación a la Seguridad Social “al no alcanzar su importe la cifra [...] que hoy exige como elemento del tipo el artículo 307 del Código Penal”).⁴⁰ Para estos autores el establecimiento del sistema de cuantías, tanto en estos delitos como en los que atentan contra las haciendas públicas, supone que los hechos son más graves estando unida la cantidad defraudada con la propia defraudación, configurándose aquélla, por tanto, como un elemento del tipo. El entendimiento de la cuantía como elemento típico de la defraudación, a modo de resultado del delito, permite a estos autores mantener la posibilidad de apreciar la tentativa en este tipo penal. En cualquier caso, como ya dijimos en líneas anteriores, las tesis patrimonialistas expuestas se formulan con anterioridad a la nueva regulación dada por la LO 7/2012.

Por otro lado, las teorías funcionalistas entienden que el objeto de protección en el delito de fraude contra la Seguridad Social es su función recaudatoria.⁴¹ Según este sector, con la defraudación se vendría a lesionar el sistema recaudatorio de la Seguridad Social, pues con su perpetración se priva a la Tesorería General de la Seguridad Social de una parte de sus recursos y se quiebra su equilibrio presupuestario.⁴² En palabras de De Vicente Martínez, “se trata de proteger penalmente a la Seguridad Social en un sentido dinámico, como proceso de recaudación de ingresos y realización del gasto, dado que la función principal que realiza la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos y su aplicación o gastos de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen”.⁴³ Evidentemente, no parece discutible que la protección del proceso de recaudación de recursos constituya un elemento funcionalmente vinculado con la garantía de las prestaciones públicas,⁴⁴ a las que el Estado, por otra parte, está obligado en virtud de mandato constitucional (art. 41 CE).⁴⁵

³⁷ *Idem*, p. 363.

³⁸ Vid. Valle Muñoz, J.M., “La criminalización del fraude a la Seguridad Social”, en VV.AA., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 197 y ss.; y Boix Reig, J., “Aspectos de la nueva regulación del delito fiscal”, en VV.AA., *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pp. 274 y 275.

³⁹ V. gr., STS 643/2005, de 19 de mayo, Sala 2ª (Tol 758473); STS 13/2006, de 20 de enero, Sala 2ª (Tol 815705); y STAP de Valladolid 204/2010, de 30 de junio (Tol 1904282), entre otras.

⁴⁰ Vid. STS 11 de julio de 2000, Sala 2ª (Iustel, §222989). También en este sentido la STS 1353/1997, de 24 de noviembre (Westlaw Aranzadi, RJ 1997/8353), subrayó en su Fundamento de Derecho 2º que “la Sala Plena de este Tribunal en su reunión de 17 de noviembre de 1997 acordó estimar que las defraudaciones a la Seguridad Social inferiores a la suma de quince millones de pesetas carecían de tipicidad y se habían trocado en meros ilícitos administrativos”.

⁴¹ Entre otros, defienden esta interpretación: Gómez Pavón, P., “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M.A., Gómez Pavón, P., et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, p. 571; De Vicente Martínez, R., *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Madrid, 1996, pp. 31 y ss., y 55-57; de ella misma, *Delitos contra la Seguridad Social*, Barcelona, 1991, pp. 99-102; de ella también, “Derecho penal de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, p. 103; de ella misma, “Descriminalización por interpretación: un paso hacia atrás en la protección penal del patrimonio del trabajador y de la Seguridad Social (Algunas notas a la Sentencia de la AP Sevilla de 13 de septiembre de 1996)”, *La Ley*, núm. 4315, 1997, p. 1914; de la misma autora, “Protección penal del trabajo y de la Seguridad Social”, en Arroyo Zapatero, L., Tiedemann, K. (eds.), VV.AA., *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 103; de ella misma, “Defraudación a la Seguridad Social”, en Boix Reig, J. (dir.), Lloria García, P. (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, p. 307; de ella misma, “I reati contro la previdenza sociale nel progetto di legge organica del 1994: alcune considerazioni”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, año 1995-4, pp. 1140 y 1151; Pérez Manzano, M., y Mercader Uguina, J.R., “El delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Madrid, 1997, pp. 180 y ss.; Madrid Yagüe, P., “La problemática en torno al delito contra la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 91, septiembre-octubre de 1998, pp. 750 y 751; Moreno Márquez, A.M., “Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 37, año 1995, pp. 40 y 41; Baylos Garu, A., y Terradillos Basoco, J.R., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 172 y 173; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, pp. 981 y 982; y Valle Muñoz, J.M., “La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, Fascículo III, septiembre-diciembre de 1995, pp. 712-722.

⁴² De Vicente Martínez, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal...*, cit., p. 57.

⁴³ *Idem*, p. 32.

⁴⁴ Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁵ Reza el art. 41 CE: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

El recurso a la Exposición de Motivos de la LO 6/1995 no parece determinante para inclinar la balanza a favor de las tesis patrimonialistas, pues en este texto también puede leerse lo siguiente:

la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque *tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social* cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma —elusión total— o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida —elusión parcial—, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social.⁴⁶

Para las tesis funcionalistas la defraudación, en cualquiera de sus modalidades, no ocasiona un mero daño económico o de contenido patrimonial, sino que alcanza a las funciones propias que debe desarrollar la Seguridad Social. Mediante el delito de defraudación a la Seguridad Social se lesionan un conjunto de valores configuradores de la política social.⁴⁷ El hecho de que con la realización del tipo penal se impida a la Administración llevar a cabo correctamente su función recaudatoria vendría a repercutir en el cumplimiento de los fines propios de ésta, lo que motivaría la protección de aquellos más allá del patrimonio de la Seguridad Social.⁴⁸

Según esta línea doctrinal, el tipo del art. 307 CP podría ser calificado como delito de peligro toda vez que no se exigiría perjuicio patrimonial concreto.

En este sentido Pérez Manzano y Mercader Uguina han considerado que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto puesto que el incumplimiento de los deberes de cotización por parte del empresario no puede constituir una lesión efectiva al sistema de Seguridad Social, sino que sólo la posibilidad de repetición de dichas conductas (repetición *ad infinitum*) ocasionaría un peligro concreto en aras a causar un daño efectivo al sistema.⁴⁹ Próximo a esta línea argumental, aunque empleando una distinta denominación, Rodríguez López, considera que el delito de fraude contra la Seguridad Social pertenece a la moderna categoría de *delitos acumulativos (Kumulationsdelikte)*. Entiende este autor que con el delito del art. 307.1 CP “se trata de prevenir la imitación masiva de comportamientos individualmente insignificantes desde el punto de vista funcional [...]; la conducta, valorada en su individualidad, aisladamente, no es lesiva desde un punto de vista de *lesividad concreta*; la razón de su incriminación es la evitación del ‘efecto acumulativo’, esto es, el verdadero riesgo de lesión del bien jurídico deriva de la posible acumulación y globalización de los daños individuales”.⁵⁰

Sea como fuere, no nos parece convincente la crítica de aquellos sectores patrimonialistas que niegan a la función recaudatoria la condición de bien jurídico protegido, con el argumento de que el tipo penal del art. 307.1 CP pivota sobre la causación de un perjuicio patrimonial: los 50 000 euros. Y ello porque consideramos que se parte de una concepción equivocada acerca de la naturaleza jurídica de la cuantía: la misma no constituye un elemento del tipo, identificado como resultado patrimonial típico, sino una condición objetiva de punibilidad que tiene como función principal delimitar estos hechos con aquellos que sólo pueden dar lugar a un ilícito administrativo.⁵¹ La exigencia de que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las

la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁴⁶ Exposición de Motivos LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1995. Cursivas de los autores.

⁴⁷ De Vicente Martínez, *Delitos contra la Seguridad Social*, cit., p. 101; Valle Muñoz, *op. cit.*, p. 715; y Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ Moreno Márquez, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁹ Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, p. 181. Este posicionamiento es coherente con la concepción que después mantienen los citados autores, considerando que la cuantía que se exige en el tipo (50 000 €) tiene la naturaleza jurídica de condición objetiva de punibilidad. En este sentido puede leerse que “si hemos definido el bien jurídico como la función de recaudación de la Seguridad Social y hemos precisado que lo más importante no es el aspecto patrimonial del mismo, el perjuicio económico no es el resultado material del delito”, por lo que a su juicio “la interpretación correcta es considerar que la cuantía es una condición objetiva de punibilidad” (pp. 208 y 209).

⁵⁰ Rodríguez López, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, 2008, p. 16.

⁵¹ En este sentido, y entre otros, v. gr., Ferré Olivé, *El delito contable*, cit., p. 227; Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, pp. 208 y

devoluciones o deducciones indebidas sea superior a 50 000 euros no constituye un resultado típico ni, consecuentemente, convierte por ello al delito en uno de resultado, sino que, como ya hemos dicho, es una condición objetiva de punibilidad.

La propia literalidad del precepto actual avala nuestra posición: al contrario de lo que ocurría en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, en que se sancionaba penalmente a quien “*defraudare a la Seguridad Social eludiendo el pago [...] en cuantía igual o superior a [...]*”, la actual regulación sanciona a quien “*defrauda eludiendo el pago de las cuotas [...] siempre que la cuantía exceda [...]*”. La expresión propuesta en el Anteproyecto de Código de 1983 no parecía abrigar dudas sobre la naturaleza de la cuantía: se pretendía configurar a la misma como resultado típico. Sin embargo, el texto finalmente aprobado se decidió por la actual fórmula “*siempre que la cuantía exceda*”, condicionando así la *punibilidad* del hecho (que no la tipicidad) a que la cuantía defraudada sea superior a 50 000 euros. Como bien expresan Pérez Manzano y Mercader Uguina, “la producción de una determinada cantidad de perjuicio económico está desconectada objetiva y subjetivamente con la defraudación, pues basta objetivamente con engañar, y subjetivamente con que el engaño se realice con la finalidad genérica de eludir el pago de cuotas [...] Es esta desconexión objetiva y subjetiva de la cuantía con el engaño lo que la convierte en condición objetiva de punibilidad”.⁵² Compartiendo esta opinión García Pérez entiende que “las cuantías no afectan a lo injusto culpable. Su función sería reservar la intervención penal no para supuestos de contenido de injusto elevado, sino para los casos en los que las medidas de otro sector del ordenamiento resulten ineficaces con independencia de si el contenido de injusto es elevado o no” [...] “con la referencia a una cuantía en las diversas figuras no se pretende identificar los ataques especialmente inten-

tos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social sino los casos en los que, pese a la gravedad de los comportamientos, no resulta necesario acudir al Derecho penal por disponer el Derecho tributario y de la Seguridad Social de medidas eficaces para combatirlos”.⁵³ Desde la perspectiva de lo injusto el desvalor de un fraude por valor de 49 999 euros o por valor de 50 001 euros es idéntico, por lo que el límite cuantitativo no puede formar parte del tipo de injusto, constituyendo el mismo una mera barrera político-criminal.⁵⁴

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012 la tesis que mantiene la naturaleza de condición objetiva de punibilidad de la cuantía del artículo 307 CP se ha reforzado. El párrafo primero de este precepto ha modificado la cuantía fijándola en 50 000 euros, frente a los anteriores 120 000 euros, y también ha cambiado la forma de computar esta cifra, que ahora será durante cuatro años naturales. Si se considerase que es un elemento del tipo deberíamos concluir que se han variado los criterios sobre valoración de gravedad, y que ahora se entiende que por encima de esa cifra el hecho ya es lo suficientemente grave como para constituir delito, y no sanción administrativa.

Es más, en el apartado IV del Preámbulo de la citada Ley dice expresamente: “en cuanto a los delitos contra la Seguridad Social, se reforma el artículo 307 del Código Penal a los efectos de reducir a cincuenta mil euros la cuantía que establece el tipo delictivo como condición objetiva de punibilidad. La fijación del límite debe hacerse conforme a criterios económicos, políticos y sociales”. No es desde luego el mejor de los criterios acudir al Preámbulo de una Ley (menos, incluso, al de esta Ley concreta) para establecer la naturaleza dogmática de una determinada institución o precepto. Por ello, el que en la norma se diga expresamente que se trata de una condición objetiva de punibilidad no debería ser un argumento determinante para mantener esta tesis. No obstante, pensamos que sí tiene mayor importan-

ss.; Choclán Montalvo, J.A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Barcelona, 2011, pp. 213 y ss.; Lozano Ortiz, J.C., “Aspectos penales de la lucha contra el fraude a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013, p. 89; Vivancos Martín, C., “Las últimas reformas contra el fraude en el ámbito laboral y de Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 8068, 2013; en línea: <http://diariolaley.laley.es>; Beltrán Girón, F., “El proyecto de ley de reforma del art. 305 del Código Penal: principales novedades”, *Carta Tributaria*, núm. 19-20, noviembre de 2012, p. 15; y Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., p. 983.

⁵² Pérez Manzano y Mercader Uguina, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

⁵³ García Pérez, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Pamplona, 1997, p. 276.

⁵⁴ Berdugo Gómez de la Torre, I., Arroyo Zapatero, L., García Rivas, N., Ferré Olivé, J.C., y Serrano Pie de Casas, J.R., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 270. También considerando la naturaleza de la cuantía en este delito como condición objetiva de punibilidad: STS 545/2003, de 15 de abril, Sala 2ª, FD. 4º (Tol 276364); y STAP de Huelva 184/2013, de 27 de junio (Tol 3943226).

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

cia el resto de la argumentación: la reforma de 2012 no obedece a criterios de mayor o menor gravedad, sino a supuestas o reales necesidades sociales, así como a la facilitación de la regularización; en el fondo, pues, a razones económicas y políticas, y no de mayor o menor gravedad.⁵⁵ Razonamiento que —debemos pensar— responde a una realidad como es la ausencia de regularizaciones en la vía administrativa, lo que obliga a rebajar la cuantía de la infracción penal para conseguir esa finalidad, y que pone en cuestión lo afirmado por los autores que defienden su naturaleza de elemento típico.

Lo que parece innegable es que la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la cuantía está imbricada directamente con la posición que se adopte respecto del bien jurídico protegido por el delito. Consideramos que *defraudar*, como verbo rector del tipo, no se identifica con la idea de “dejar de pagar” sino con “ocultar” la información a la TGSS, esto es: no declarar, o declarar de forma falseada o incompleta. Es en este momento cuando se atenta contra la función recaudatoria, sin que sea necesario perjuicio patrimonial alguno, pues es entonces cuando se dificulta el proceso de recaudación.⁵⁶ No parece acertado, según lo acabado de exponer, identificar el bien jurídico protegido con el patrimonio de la Seguridad Social.

Con objeto de conocer cuál es el auténtico objeto jurídico de protección —no sólo en el tradicional delito de fraude contra la Seguridad Social (art. 307 CP) sino en todos los tipos penales que de una u otra forma conciernen a la protección de la Seguridad Social (esto es, también el nuevo art. 307 ter CP)— no puede desconocerse una concreta peculiaridad. Nos estamos refiriendo al hecho de que en el delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP el patrimonio no se protege en su conjunto y por completo.⁵⁷ El delito viene referido tan sólo a la vertiente de ingresos, las cotizaciones, quedando extramuros de este tipo penal la vertiente del gasto. De este modo, muchas conductas lesivas para el *patrimonio* quedarían fuera

del ámbito típico del art. 307 CP, aun pudiendo incidirse en otros preceptos penales o administrativos, reduciéndose la protección del precepto tan sólo a la vertiente de ingresos.⁵⁸ Esta situación cuando menos pone en tela de juicio la postura patrimonialista explicada.

Con razón apuntaba Muñoz Conde que ante esta situación legal quedaba fuera de protección —al menos en el art. 307 CP— la función de gasto, cuando precisamente, a juicio del citado autor, estas defraudaciones son las más frecuentes en la práctica. Esta situación conducía a que los ataques contra esta función de gasto, o bien se recondujesen a otros tipos penales, o bien fuesen impunes, lo que a juicio del autor producía una situación de “perplejidad”.⁵⁹

Tras la reforma operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, pensamos que queda reforzada la postura funcionalista que considera que el bien jurídico tutelado en el fraude contra la Seguridad Social es la función de la recaudación de esta institución. Como decimos, en el tipo penal del art. 307 CP no encuentra sanción la vertiente del gasto por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, sino sólo la del ingreso: lo que se sanciona es no declarar o declarar falsamente una serie de datos de los que la Seguridad Social se nutre para cumplir con su tarea prestacional o asistencial en virtud del mandato constitucional del art. 41 CE. La mayor prueba de que en este precepto no se tutela el patrimonio de la Seguridad Social, ha sido la inclusión del nuevo delito de fraude en las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, art. 307 ter CP, que sanciona —ahora sí— a “quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública”.

⁵⁵ Al menos debemos mantener la vigencia de la finalidad de la función recaudatoria de la Seguridad Social para cumplir finalidades propias de la función del Estado establecidas en la Constitución, y desde esta óptica la razón es política.

⁵⁶ Gómez Pavón, *op. cit.*, pp. 571 y 572; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., *cit.*, p. 1073; Silva Sánchez, J.M., “Allende las fronteras de la ‘defraudación’ típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M. A., Gómez Pavón, P., *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pp. 955-957; y Choclán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal...*, *cit.*, pp. 88 y ss., y p. 357.

⁵⁷ Gómez Pavón, *op. cit.*, p. 570.

⁵⁸ Valle Muñoz, *op. cit.*, pp. 718 y 719.

⁵⁹ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª ed., p. 1072.

El Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de junio de 2012, entendió que el interés jurídicamente protegido en este nuevo delito era la indemnidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Así considerado es cierto, como apunta De Vicente Martínez,⁶⁰ 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 CE. 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 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 ciudadano.⁶¹ La institución de la Seguridad Social es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo. 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 nueva 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. Este delito pone el acento, pues, en la idea de obtener un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, mediante el engaño a la Administración.⁶² 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.

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”.⁶³ Antes de la existencia de este nuevo art. 307 ter, por tanto, no podía afirmarse que el patrimonio de la Seguridad Social encontrase protección específica o autónoma en el seno del Código Penal,⁶⁴ pues, como venimos apuntando, el art. 307 sólo se encargaba de tutelar la vertiente del ingreso, pero no del gasto.

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.⁶⁵

Antes de la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, no existía en nuestro Código Penal

⁶⁰ De Vicente Martínez, R., “El nuevo delito de defraudación en las prestaciones del sistema de Seguridad Social en la reforma del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 853, 2012, p. 6.

⁶¹ Fernández Orrico, F.J., “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 49, 2004, p. 128.

⁶² Vid. Bustos Rubio, M., “La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 35, 2015, pp. 24 y ss.

⁶³ 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”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 42, vol. XIV, septiembre de 2012, p. 191.

⁶⁴ Al margen, claro está, de la existencia de determinados tipos penales que pudieran cubrir esta “laguna”, como, por ejemplo, el delito de estafa o el fraude de subvenciones si se superaba la cuantía de los 120 000 euros.

⁶⁵ Bustos Rubio, *La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social...*, cit., pp. 30 y 31.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

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).⁶⁶

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 fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido.

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 (“Operación Karlos”),⁶⁷ 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,⁶⁸ fue la posición asumida por la jurisprudencia, recogida además en un Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo 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.⁶⁹

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

⁶⁶ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., *op. cit.*, p. 981.

⁶⁷ STAP de Cádiz 219/2011, de 8 de julio (Westlaw Aranzadi 2012/1002).

⁶⁸ 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 la 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 lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo*”.

⁶⁹ Vid. ampliamente Bustos Rubio M., “Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo”, *Revista de*

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”.

La pretensión del legislador al incorporar el nuevo 307 ter al cuerpo del Código Penal es evitar la impunidad de este tipo de comportamientos, más aun teniendo en cuenta que la modalidad del art. 308 CP sólo daba lugar a sanción penal en el caso de que el fraude superase los 120 000 euros.⁷⁰ Así lo entendió también el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley, de 28 de junio de 2012. Y si el legislador ha tenido que dar el paso tipificando esta modalidad de fraude que, ahora sí, puede entenderse que tutela de forma efectiva el patrimonio de la Seguridad Social (vertiente del gasto), es porque dicha protección no resultaba efectiva con la existencia de otros tipos penales, como el de fraude contra la Seguridad Social del art. 307 CP del que, en consecuencia, puede afirmarse que resulta protector de la función recaudatoria de la Seguridad Social, mas no del patrimonio.

En el marco del art. 307 CP no es posible proclamar el conjunto del patrimonio de la Seguridad Social como bien jurídico protegido. No puede obviarse que lo que el delito de defraudación tutela es, en concreto, la vertiente de ingresos del Estado por medio de la TGSS. La vertiente del gasto es completamente extraña a este delito. El actual art. 307 CP protege tan sólo la vertiente de ingresos de la que se nutre la Seguridad Social para cumplir con su función en el Estado social, tipificando como delito todas aquellas conductas que entorpecen la actividad recaudatoria del Estado. Por su parte, es el art. 307 ter CP el que, como delito autónomo y diferenciado del de defraudación, tutela una concreta parte de la vertiente del gasto, tipificando determinadas conductas que conllevan un ataque a la indemnidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, configurándose este tipo penal como

un delito *patrimonial*. El hecho de que el art. 307 CP sólo proteja la vertiente de ingresos es una razón sustancial por tener en cuenta para afirmar que este delito no protege el patrimonio de la Seguridad Social sino, de modo más concreto y directo, la función de la recaudación de ingresos.

Si con anterioridad a la Ley 7/2012 se afirmaba por un importante sector de la doctrina que el patrimonio de la Seguridad Social no podía ser el bien jurídico protegido, ya que sólo encontraba protección la vertiente del ingreso, que en la actualidad en determinadas circunstancias constituyan delito algunos ataques a la del gasto no cambia sino que más bien reafirma lo ya dicho, pues ahora sí se ha venido a dar cobertura a al menos una parcela del patrimonio de la Seguridad Social en virtud del nuevo art. 307 ter, parcela que no puede ser objeto jurídico de protección en el fraude tipificado en el art. 307 CP.

IV. La importancia del art. 41 de la Constitución Española en la determinación del bien jurídico. Protección dinámica de la Seguridad Social

El delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP debe interpretarse a la luz del art. 41 CE, que contempla como principio rector de la política socioeconómica lo siguiente: “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”. Este precepto constitucional es una forma de garantía propia de un Estado social-prestacional como lo es España, que impone a los poderes públicos la obligación de instaurar y proteger ciertos servicios que se consideran imprescindibles para el bienestar social. La institución de la Seguridad Social es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones sociales asignadas al mismo.⁷¹

Protegiéndose el correcto funcionamiento de la *función recaudatoria* se logra ese *mantenimiento* del régimen público de Seguridad Social que encomien-

Trabajo y Seguridad Social, núm. 380, 2014, pp. 879 y ss.

⁷⁰ Martínez Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, p. 735.

⁷¹ Mercader Uguina, J.R., en Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero, y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Madrid, 2008, p. 1044.

La protección penal de la Seguridad Social en España: el bien jurídico protegido

da el art. 41 CE. Sólo de este modo la TGSS puede acceder en condiciones normales a la recaudación, instrumento necesario para, después, cumplir con el mandato social constitucionalmente previsto. El art. 307 CP no es sino una forma más (una forma *penal*) de cumplir con esta previsión. El delito de defraudación no puede desconectarse del mandato constitucional previsto en el art. 41 CE, ni de la concepción de nuestro modelo de Estado como social: el patrimonio de la Seguridad Social no está dotado de un valor autónomo o independiente, desvinculado de determinadas finalidades. Al contrario, dicho patrimonio está pre-ordenado a la consecución de unos determinados objetivos dirigidos en el caso de la Seguridad Social a cumplir con la función prestacional o asistencial de ésta. Resulta lógico, pues, que lo que se ponga en primer plano de protección penal no sea dicho patrimonio, sino directamente la función de la recaudación (en este tipo penal), su correcto funcionamiento, como necesaria para cumplir después el mandato social ordenado por la Constitución.

El quebranto del patrimonio de la Seguridad Social se penaliza ahora mediante la introducción del nuevo art. 307 ter CP, que viene a castigar las defraudaciones en prestaciones del sistema de la Seguridad

Social. Antes de la existencia de este nuevo tipo penal no podía afirmarse que el patrimonio de la Seguridad Social encontrase protección específica o autónoma en el seno del Código Penal, tutelando éste tan sólo la vertiente del ingreso en el art. 307 CP. De todas formas, que el art. 307 ter CP tenga como objeto jurídico de protección el patrimonio de la Seguridad Social no implica desconocer que dicho patrimonio se encuentra pre-ordenado a la consecución de unos determinados objetivos; en concreto, y de nuevo en virtud del art. 41 CE, al cumplimiento de la función prestacional encomendada constitucionalmente. Como apuntamos, 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 apuntado.

Se trata, en definitiva, de proteger penalmente a la Seguridad Social en un sentido dinámico: por un lado, como proceso de recaudación de ingresos (art. 307 CP), y por otro, como proceso de realización del gasto (art. 307 ter CP), puesto que la función principal de la Seguridad Social se basa en la adquisición de recursos y su aplicación de los mismos para la realización de los cometidos económicos que le competen en virtud del ya aducido mandato constitucional.⁷²

⁷² En estos términos: De Vicente Martínez, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal... cit.*, p. 32. También el Tribunal Supremo ha incidido en este aspecto en algunas de sus resoluciones: “la defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador”; cfr.: STS de 27 de octubre de 2009, Sala 2ª, FD. 4º (Iustel, §297219); y STS de 11 de diciembre de 2002, Sala 2ª, FD. 1º (Tol 240844).