

Dr. Javier Ijalba Pérez

Doctor en Teología por la Univ. de Navarra. Doctorando en Derecho Penal por la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, España. Socio de la FICP.

~Derecho penal de la seguridad social. Modelo constitucional~

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la Seguridad Social fueron concebidos y han evolucionado bajo el modelo de la figura típica del delito fiscal, lo cuál, ha provocado uno de los descuidos más relevantes del Derecho penal¹. De hecho, estos delitos han recibido una buena parte de su estructura y de su tratamiento del delito contra la Hacienda Pública², lo cuál, ha desembocado en un estudio discreto, y en la mayoría de los autores, calificable como un estudio poco específico, y lleno de remisiones al delito fiscal³.

Sin embargo, hay que reconocer que, en estos últimos años, gracias al avance del Derecho penal económico, y, gracias, también, a la influencia del fenómeno de la corrupción en nuestro país, ha surgido un nuevo tratamiento de estas figuras de fraude contra la Seguridad Social, lo cual, ha favorecido su desarrollo, y creo que, obliga a plantearnos la necesidad de un específico Derecho penal de la Seguridad Social.

¹ Este olvido provocó la calificación de las conductas de fraude a la Seguridad Social como conductas atípicas o incluso, reconducibles a otras figuras penales como los delitos de estafa o delitos de apropiación indebida. Vid. AYALA GÓMEZ, I.: Observaciones críticas sobre el delito social, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 6, 1983, p. 43; 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 nº 37, 1996, p. 33; CÁMARA ARROYO, S.: Los delitos de defraudación a la Seguridad Social: análisis de los tipos penales y su problemática, en D. FERNÁNDEZ BERMEJO y C. MALLADA FERNÁNDEZ (dirs.), Delincuencia Económica, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 481-483.

² Así lo reconoce también la jurisprudencia: SAP de Tarragona 38/2005, de 10 de enero, [ECLI:ES:APT:2005:24], FJ 2: “Como se afirma en la STS 1244/2003, de 3 de octubre, [ECLI:ES:TS:2003:5947], en relación con un delito contra la Hacienda Pública, cuya estructura comisiva viene marcada por intensos trazos de homogeneidad con la conducta contemplada en el artículo 307 CP (con el que además comparte ubicación capitular y sistemática)”. Y la SAP de Málaga 635/2012, de 19 de octubre, [ECLI:ES:APMA:2012:1614], FJ1, que reconoce que: “han sido muchas veces las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido, con referencia a los delitos contra la Hacienda Pública, previstos en el artículo 305 del CP, preceptos sin duda paralelos y análogos que también tienen en común consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, siendo cierto que la jurisprudencia sobre el artículo 307 del CP, es mucho más reducida”.

³ Vid. VALLE MUÑIZ, J. M.: La criminalización del fraude a la Seguridad Social, en J. R. SORIANO SORIANO (dir.), Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal, CGPJ, Madrid, 1996, p. 176; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 671.

Por tanto, en el presente trabajo, me voy a plantear la pertinencia de la pregunta: ¿Es necesario un Derecho penal de la Seguridad Social? Y, en caso afirmativo, ¿qué modelo ofrece la Constitución para diseñar a este Derecho penal? Creo sinceramente que son cuestiones relevantes, y que, además, están abiertas al diálogo científico y a la discusión doctrinal.

II. ORIGEN DEL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Origen objetivo del Derecho penal de la Seguridad Social

Es evidente, que la cuestión sobre el origen de un Derecho penal de la Seguridad Social no ha brotado de un modo independiente, sino que, se percibe más bien, dentro de los programas de lucha contra el fraude a la Seguridad Social, ante un panorama de crisis económica, en el que la economía sumergida ha podido superar en nuestro país el 30% del PIB⁴. En consecuencia, y, en mi opinión, el Derecho penal de la Seguridad Social ha nacido a partir de la propia concepción de un Derecho penal en su sentido objetivo.

Así, y como ya se hizo clásico en la doctrina, el Derecho penal puede considerarse en dos sentidos: objetivo y subjetivo. En este primer sentido, es decir, en el sentido objetivo, que es el que ahora me interesa, el Derecho penal se concibe como aquel conjunto de normas jurídicas que procuran la protección eficaz de los bienes esenciales de los ciudadanos, y también, la salvaguarda de las instituciones fundamentales del Estado. Por eso, el Derecho penal: “*constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales*”⁵.

⁴ Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude contra la Seguridad Social, 2012-2013. En: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/270412-enlaceempleo.aspx>.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012, páginas 88050-88063.

⁵ MIR PUIG, S.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 11.

En este sentido, hay que destacar que el Derecho penal se considera como la continuación de un conjunto de sistemas de control social, cuya tarea consiste en socializar y educar para la convivencia a los individuos.

Las diferencias entre el sistema jurídico penal y otros sistemas de control social son más bien de tipo cuantitativo: el Derecho penal constituye un “*plus*” adicional en intensidad y gravedad de las sanciones y en el grado de formalización que su imposición y ejecución exige.

Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal y control social, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p. 37: “*Dentro del control social la norma penal, el sistema jurídico penal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del*

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022.**

En consecuencia, el Derecho penal se tolera por la sociedad como un medio de control social, y con el objetivo de proteger a los ciudadanos y al Estado. Pero, dicho medio de control, es decir, el Derecho penal, posee unas notas que lo caracterizan, y, a la vez, lo distinguen. En efecto, se trata de un medio de control social con un carácter eminentemente jurídico, y a la vez, con un elevado nivel de formalismo. Además, de ser el medio más eficaz del que dispone el Estado para la protección de los ciudadanos. Lo cuál, a veces, genera una visión negativa hacia el Derecho penal, incluso, una actitud de tolerancia, aceptado como un “*mal menor*”; surgiendo, por ello, una conducta de alerta ante una expansión del mismo, prefiriendo el recurso a otros medios de control social que sean menos agresivos para los derechos de los ciudadanos.

En todo caso, y, a pesar de las reticencias, hay que reconocer que el sentido objetivo del Derecho penal se ha impuesto, y ha provocado la consideración de las normas penales como normas jurídicas que persiguen una serie de comportamientos sociales calificados como reprobables, acudiendo para lograrlo a la imposición de determinadas penas para el supuesto de que dichos comportamientos se realicen. De todos modos, el Derecho penal se caracteriza por diferenciar entre las sanciones más graves, es decir, aquellos comportamientos que merecen la imposición de una serie de penas y/o medidas de seguridad, destinadas a castigar los supuestos más peligrosos, y que merecen, por ello, la calificación jurídica de delitos.

Desde esta perspectiva objetiva, el Derecho penal se define como: “*un conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen*”⁶. Es una definición que ha brotado de la doctrina clásica defendida por VON LISTZ⁷, y que ha permitido la consideración del Derecho penal como ciencia.

A su vez, el Derecho penal como ciencia permite hablar de un conjunto sistemático de conocimientos jurídicos, que persiguen alcanzar la correcta comprensión de las normas

comportamiento humano en sociedad. Es inimaginable un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social”.

⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al.: Curso de Derecho Penal: Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 30.

⁷ VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal, I, Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 5. La obra citada traduce “*Verbrechen als Tatbestand*” como “crimen como hecho”, pero, hoy es preferible traducir el término: “*Verbrechen*” como “delito”, y el término: “*Tatbestand*” como “supuesto de hecho”. Por otra parte, aunque la traducción del Tratado de von Liszt es muy posterior, la 1ª edición alemana es de 1881.

penales, interpretar su contenido, obtener los principios inspiradores, y a partir de ello, ofrecer un sistema coherente que vertebrase una Dogmática jurídico-penal.

En este sentido, este conjunto de conocimientos jurídicos que dota al Derecho penal de carácter científico, se distingue, en primer lugar, por su objeto determinado; es decir, el Derecho penal persigue aquellos comportamientos que debe evitar que se cometan por los ciudadanos. Pero, también, se especifica por el instrumento que utiliza para lograr dicha prevención, y, en su caso, para imponer una sanción a los ciudadanos que realicen la conducta prohibida y calificada como delito: es decir, las penas⁸, que son la intervención represiva más grave para los derechos y la libertad de los ciudadanos, y que, fundamentalmente, son: la pena de prisión y la multa. A estas penas, el Código Penal ha añadido las medidas de seguridad⁹, que representan una serie de reacciones privativas, o, al menos, restrictivas de derechos, y que se aplican ante la peligrosidad criminal del sujeto

⁸ Las penas se caracterizan por dos rasgos esenciales: a) Por su vigor, ya que afecta los bienes más personales (la libertad, la vida, el patrimonio), y a su vez, tiene una mayor repercusión en sus efectos (antecedentes penales, desaprobación moral, deshonor, etc.); b) Se aplican a través de los órganos de justicia y mediante un proceso judicial. Lo cual, se considera como una garantía ante las graves sanciones que representan estas penas. Vid. ANTÓN ONECA, J.: La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944, <http://hdl.handle.net/10366/115904>; BOIX REIG, J.: Significación especial del artículo 25.2 de la Constitución, Escritos Penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1979; CID MOLINÉ, J.: Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los Juzgados de lo Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología, 2ª edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982; LANDROVE DÍAZ, G.: Prisión y sustitutivos penales, en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coords.), El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 425-436; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J.: Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; MUÑOZ CONDE, F.: Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, en J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, M. M. GONZÁLEZ TASCÓN y S. V. VILLA SIEIRO (coords), Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 447-458; NAVARRO VILLANUEVA, M. C.: Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales, Bosch, Barcelona, 2002; QUINTERO OLIVARES, G.: Determinación de la pena y política criminal, Cuadernos de Política Criminal núm. 4, 1978, pp. 49 y ss.; GONZÁLEZ CAMPO, E. y ZÁRATE CONDE, A.: Derecho penal. Parte general, La Ley, Madrid, 2015.

⁹ Sobre las medidas de seguridad: Vid. ALONSO RIMO, A.: Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido: a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad, Estudios Penales y Criminológicos nº 29, 2009, pp. 107-140; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Las medidas de seguridad y corrección en el nuevo CP, Poder Judicial nº 43-44, 1996, pp. 85-118; JORGE BARREIRO, A.: Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, en D.-M. LUZÓN PEÑA, Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho, La Ley, Madrid, 2010, pp. 599-660; DE LAMO RUBIO, J.: Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal, Bosch, Barcelona, 1999; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites, Revista del Poder Judicial nº 60, 2000, pp. 107-136; y POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: ¿Medidas de seguridad “inocuidadoras” para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre su fundamento y clases de las medidas de seguridad, Actualidad Penal nº 38, 2001, pp. 897 y ss.

autor del delito, bien, como complemento de la pena, o bien, como sustituto de ésta, en los casos delimitados en que algún sujeto autor sea total o parcialmente irresponsable.

La contemplación de dichos instrumentos específicos del Derecho penal, es decir, de las penas y de las medidas de seguridad, exige admitir que no se trata de un medio de control social más, sino que, representa un medio con una importancia tal, como para que el Estado se lo haya reservado en exclusiva. Y, en efecto, sólo se puede ejercer a través de lo prescrito en las propias normas penales¹⁰, aprobadas con las debidas garantías por los representantes legítimos del pueblo¹¹, y aplicables a través de un proceso judicial¹².

En definitiva, estas son las características que han conformado la concepción del Derecho penal en un sentido objetivo. Y que, a la vez, caracterizan al mismo con el rasgo jurídico y formalizado; con la oportuna exigencia de que el legislador determine con claridad tanto los delitos como las penas y/o medidas de seguridad que deben sufrir quienes realicen esos comportamientos típicos¹³. Y este es el fenómeno que también determina al Derecho penal de la Seguridad Social, en el sentido objetivo; que asiste, sobre todo, a partir de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, a un tratamiento específico tanto de los delitos de fraude a la Seguridad Social como de las propias penas que se deben imponer a los posibles sujetos autores.

2. El Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo

Como ya he adelantado en el apartado anterior, el Derecho penal no es el único medio de control social; pero, es que, no es ni siquiera el único medio que se ejerce a

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 42.

¹¹ Por ello, el artículo 81 de la Constitución exige el rango de ley orgánica -y no sólo de ley formal- para el establecimiento de, por lo menos, la mayoría de las penas. El artículo 81 CE no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a éste su declaración de que: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. Según el artículo 81.2 CE: “*La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*”.

¹² Vid. BARONA VILAR, S. y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.): Proceso Penal. Derecho Procesal III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; NIEVA FENOLL, J.: Derecho Procesal III. Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; MARTÍN RÍOS, M. P., PÉREZ MARÍN, M^a. Ángeles y MARTÍN OSTOS, J.: Materiales de Derecho Procesal. Tomo III. Proceso penal, Tecnos, Madrid, 2011.

¹³ Es lo que la doctrina denomina como principio de legalidad penal.

La Constitución se refiere expresamente al principio de legalidad del Derecho penal en su artículo 25.1: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

través de unas normas jurídicas que imponen una sanciones formalizadas¹⁴. Surge, por tanto, en este momento, la cuestión relevante sobre la relación entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo sancionador.

Hay que reconocer, en primer lugar, y como punto de partida, que la convivencia de dos órdenes sancionadores, resulta siempre problemática, y, a la vez, genera duplicidades difíciles de resolver. Pero, además, en el ámbito correspondiente de la relación entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo, y sobre todo, a partir de las últimas reformas legales, se ha vuelto todavía más complicada, y en ciertos casos, origina una elevada conflictividad ante los casos concretos.

En efecto, la tendencia política y criminal del legislador penal en estos últimos años ha estimulado un incremento importante, incluso, exagerado, de la prescripción de los ilícitos penales en el ámbito propio de la Seguridad Social; lo que, ha provocado la intervención punitiva en ámbitos que, hasta entonces, estaban reservados de forma única y exclusiva al Derecho administrativo, es decir, a las infracciones y sanciones propias del Derecho administrativo. En el fondo, y según apoyan autores, como NAVARRO CARDOSO, estamos asistiendo a dos manifestaciones de un sistema jurídico sancionador que debe ser único, y que persigue ejercer el control social ante ciertos comportamientos delictivos, a través de la prevención y de la sanción, y, en todo caso, garantizando los derechos fundamentales de los ciudadanos y el sostenimiento del Estado¹⁵.

En todo caso, conviene insistir en la trascendental, y no siempre, fácil, relación que surge entre el Derecho penal de la Seguridad Social y el Derecho administrativo, que constituye un tema muy delicado. Y es que, por una parte, esta duplicidad de órdenes sancionadores ha supuesto la quiebra del principio de subsidiariedad, por esta inflación del Derecho penal; y también, ha supuesto la crisis del principio de ofensividad, por esta protección de bienes con un carácter formal. En consecuencia, esta hipertrofia sancionadora, me obliga a procurar fijar los límites entre los dos órdenes sancionadores;

¹⁴ La sanción es la consecuencia derivada de la infracción de una norma. En cambio, la pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la: “*restricción de derechos del responsable*”. Puede que ambos términos se confundan, porque en sí, son similares. En efecto, la pena se puede definir como la sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta punible. Pero aunque se puedan usar como sinónimos, la pena es propia del ámbito del Derecho penal.

¹⁵ Cfr. NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex/Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Madrid, 2001, p. 24; y FERRÉ OLIVÉ, J. C.: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 145-167.

aunque, son unos límites poco nítidos, y exigen tener que profundizar ante la vigencia de este doble orden.

En primer lugar, y como es reconocido, la Administración de la Seguridad Social posee una potestad sancionadora a aplicar en dos ámbitos concretos: el disciplinario y el gubernativo. A través del primero, esta Administración puede imponer unas sanciones concretas a aquellas personas que se hallan vinculadas con ella, es decir, a aquellas personas que se hallan en una relación de sujeción especial, bien con un carácter permanente, o con un carácter transitorio. Y a través del segundo, esta Administración puede imponer unas sanciones concretas a los administrados en general, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de unos fines públicos, como, por ejemplo, el sostenimiento de las pensiones públicas.

Pero esta dualidad sancionadora tiene la mayor trascendencia en la coexistencia de dos tipos de consecuencias jurídicas: las sanciones y las penas; que, reclaman una delimitación rigurosa. En todo caso, el primer problema comienza porque no hay una definición legal de la pena (en efecto, el art. 34 CP sólo ofrece una delimitación negativa, al señalar que: “*no se reputarán penas*” algunas sanciones y privaciones, o restricciones de derechos). En todo caso, se ha identificado siempre la pena como la consecuencia jurídica vinculada a la comisión de un delito, y que, sigue siendo la sanción principal con la que cuenta nuestro Derecho penal, y, la sanción caracterizada por su mayor gravedad para los derechos del sujeto autor¹⁶.

¹⁶ En ocasiones, se utiliza la expresión sanciones para referirse también a las penas, pero conviene realizar alguna precisión, y tener en cuenta, cuando nos referimos propiamente a la sanción penal, frente a la sanción administrativa.

Por un lado, en cuanto a la severidad de las sanciones, el sistema de infracciones y sanciones típicamente administrativas no guarda relación con las penas, ya que, en estas materias, el sistema penal, de acuerdo con los principios limitadores del *ius puniendi*, antes de recurrir a penas privativas de libertad, ante injustos no graves, lo hace a la multa. Ésta suele quedar diluida en cuantías de relevancia menor, sobre la base de conformidades y acuerdos que ponen fin al procedimiento penal sin la celebración del juicio oral. En definitiva, es frecuente encontrar mayor contundencia, e incluso eficacia, en las sanciones pecuniarias propiamente administrativas, que en las penas.

Y por otro lado, esta duplicidad valorativa entre los sistemas administrativo y penal supone que, en ocasiones, se pueden criminalizar penalmente conductas que, en cambio, en el ámbito administrativo no son merecedoras de sanción. Así, por ejemplo, la sanción penal prevista sin, una equivalente responsabilidad administrativa, cuando se aprecian insolvencias contra la Seguridad Social, en la fase de recaudación (artículos 257.3 y 259 bis 3 CP).

Por lo tanto, conviene utilizar los términos con precisión y distinguir entre sanciones administrativas y penas propiamente dichas.

La justificación de la mayor gravedad de las penas frente a las sanciones se ha justificado por tres razones: 1) La importancia de los bienes jurídicos que protegen las normas penales; 2) La trascendencia de la intervención sobre esos bienes jurídicos; 3) El efecto estigmatizante de las penas respecto a las sanciones¹⁷.

Dentro de las penas, que nuestro vigente Código Penal reconoce, es evidente que la pena privativa de libertad es la pena por excelencia¹⁸, siendo una pena que, en cambio, le está vedada a la Administración en virtud del art. 25.3 de la Constitución¹⁹. En cambio, la multa es una sanción pecuniaria que es común también al ámbito del Derecho administrativo²⁰.

En todo caso, y a pesar de esa convergencia entre los dos órdenes sancionadores, e incluso, que, en ciertos casos, la multa administrativa pueda ser más elevada que la multa penal; ésta segunda acarrea un efecto social con unas consecuencias más negativas, es decir, al imponerse en un proceso penal, ello comporta un efecto peyorativo en el ámbito público, que le hace más perjudicial para el sujeto condenado.

¹⁷ Hay que recordar que han sido muchos los intentos previos que han tratado de explicar el por qué de la mayor gravedad de la pena; de modo clásico, uno de los más conocidos es el que ofreció el filósofo británico H. L. A. HART, que ofreció cinco criterios: 1) Tiene que acarrear un dolor u otras consecuencias consideradas dolorosas; 2) Tiene que aplicarse ante la violación de unas normas penales; 3) Tiene que aplicarse al culpable, sea real o supuesto, ante la violación realizada; 4) Tiene que infligirse de modo intencional por órganos distintos del culpable; 5) Tiene que ser impuesto y administrado por una autoridad constituida con poder por el sistema jurídico. Vid. HART, H. L. A.: Introducción a los principios de la pena, trad. de J. BETEGÓN y J. R. DE PÁRAMO, Derecho y moral. Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, p. 165 y ss.

¹⁸ Entre las penas privativas de libertad contenidas en el Código Penal debemos diferenciar la pena de prisión permanente revisable, la pena de prisión, la pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En todas ellas queda afectado el derecho fundamental a la libertad reconocido en el art. 17 CE.

¹⁹ En todo caso, hay que tener en cuenta la excepción, aunque no sea exactamente sobre lo mismo, prevista en el artículo 55 CE sobre suspensión de derechos por las autoridades gubernativas.

El apartado 1 se refiere a la suspensión general de derechos y libertades, y contempla las tres cuestiones: supuestos de hecho que la hacen posible, derechos y libertades que pueden ser suspendidos y efectos de dicha suspensión. Y el apartado 2 contempla la posibilidad de que, sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o sitio, se suspendan ciertos derechos y libertades: “*para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*”.

²⁰ Conforme al Código Penal existen dos modalidades de multa como sanción penal: el sistema de días-multa y el sistema de multa proporcional. El primero de ellos constituye el modelo principal, al afirmar el art. 50.2 CP que: “*La pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa*”. La multa proporcional, actúa, por lo tanto, como modelo residual, imponiéndose: “*cuando el Código así lo determine*” (art. 52.1 CP). La multa proporcional está prevista para infracciones como los delitos contra la Seguridad Social (art. 307 CP), en los que la multa se impone atendiendo a factores como el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por la infracción.

Es muy importante el respeto de estas características propias de la pena frente a la sanción, que salvaguardan principio de subsidiariedad del Derecho penal. Es decir, hay que destacar que el Estado sólo debe acudir a la pena, cuando las otras sanciones fracasan en la contención y en la represión del comportamiento ilícito. Por tanto, el Derecho penal se constituye como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico. Una quiebra de dicho principio provocaría una alteración muy peligrosa de los mecanismos de control social del Estado. Además, dicha situación provocaría un menoscabo muy peligroso de las garantías que derivan del Estado de Derecho.

Esta duplicidad de consecuencias jurídicas ante los comportamientos fraudulentos del sujeto, obliga a reconocer la potestad originaria de la Administración que puede imponer sanciones en el ámbito del Derecho administrativo, y no, sin embargo, en el ámbito del Derecho penal. Y, por otro lado, el Derecho penal de la Seguridad Social establece las penas y las medidas de seguridad, que se deben imponer según el art. 1 de la LECrim a través de un proceso judicial. La decisión sobre qué pena o sanción se debe establecer a través de una u otra rama del ordenamiento jurídico, corresponde en exclusiva al legislador. Una decisión que debe estar cimentada en la mayor gravedad de la afección a los bienes jurídicos, y en el mayor desvalor de la acción²¹, como ya he adelantado antes. Por tanto, el Derecho penal ha de ser el último recurso del ordenamiento jurídico, frente a aquellos medios de control social que se revelan como incapaces para evitar esos comportamientos fraudulentos.

Es evidente que una dificultad fundamental por la coexistencia de las penas y las sanciones administrativas, radica en la posibilidad de sancionar un mismo hecho con ambas clases de sanciones. Es un problema del que se ha hecho eco la doctrina, sobre todo, la más reciente. Así, el profesor MIR PUIG²² sostiene, analizando la jurisprudencia

²¹ En principio, los ilícitos penales y los ilícitos administrativos se distinguen en razón de su gravedad, con la consecuencia de que la utilización del recurso más grave, el Derecho penal, debe reducirse al ámbito estrictamente imprescindible para el mantenimiento del orden social.

En este sentido: Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al. (2010): Curso de Derecho Penal: Parte General, Ediciones Experiencia, Barcelona, p. 44: “*La integración de una conducta en uno u otro Ordenamiento en función de razones de coyuntura histórica, es decir, el carácter móvil del límite de intervención del Derecho penal, constituye un argumento irrefutable en pro de la diferenciación meramente cuantitativa entre uno y otro ilícito*”.

Pero a este principio de la gravedad, deben añadirse los principios penales derivados de la Constitución (artículos 9.3. 24 y 25.1), y elaborados por la doctrina constitucional.

²² Vid. MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 43-44.

reciente, que: “*Aunque tal posibilidad se había previsto en nuestro Derecho, el Tribunal Constitucional ha proclamado el principio contrario de non bis in ídem, como íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogidos principalmente en el artículo 35 de la Constitución*”²³. La STC de 3 de octubre de 1983²⁴ confirmó este criterio, y ha insistido en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito, y de que efectúe un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o por un Tribunal. La STC 177/1999, de 11 de octubre²⁵, estableció también que no es posible que el Juez penal castigue una conducta ya sancionada por la Administración; pero, en cambio, la STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero²⁶, cambió de criterio y sostuvo la tesis, creo que más correcta, de que en caso de producirse antes una sanción administrativa, ésta no impedirá una pena posterior, sino que, deberá sustituirse una por otra. Sin embargo, la STC 159/1985, 27 de noviembre²⁷, precisó que el principio *non bis in ídem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden, y que los contemplan, por tanto, desde una perspectiva diferente²⁸.

Hasta aquí, he ofrecido una reflexión sobre el Derecho penal desde el punto de vista objetivo, es decir, como aquel conjunto de normas que asocian los efectos jurídicos de pena y de medida de seguridad, al presupuesto constituido por la realización de un delito; y a la vez, he procurado fijar la diferencia respecto al Derecho administrativo.

3. Origen subjetivo del Derecho penal de la Seguridad Social

Desde el punto de vista subjetivo, hay que reconocer al Derecho penal o *ius puniendi* como esa facultad del Estado para definir delitos, conminar penas, y, a la vez, poder aplicarlas. Por tanto, en esta segunda perspectiva, el Derecho penal es ese derecho

²³ STC 229/2003 Pleno de 18 de diciembre, [ECLI:ES:TC:2003:229]; STC 188/2005 Pleno de 7 de julio, [ECLI:ES:TC:2005:118]; STS 784/2006 de 28 de junio, [ECLI:ES:TS:2006:4587]; STS 228/2007 de 14 de marzo, [ECLI:ES:TS:2007:1984]; STS 487/2007 de 29 de mayo, [ECLI:ES:TS:2007:3928].

En contra, la STS 380/2003 de 22 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2003:8379].

²⁴ STC de 3 de octubre de 1983, [ECLI:ES:TC:1983:77].

²⁵ STC 177/1999, de 11 de octubre, [ECLI:ES:TC:1999:177].

²⁶ STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero, [ECLI:ES:TC:2003:2].

²⁷ STC 159/1985, 27 de noviembre, [ECLI:ES:TC:1985:159].

²⁸ Y continúa el catedrático: MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 44: “*La STC 112/1990, de 18 de junio, [ECLI:ES:TC:1990:112], recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la “doble sanción penal y administrativa en los casos en que concurre una relación de sujeción especial (como ocurre en las sanciones disciplinarias a funcionarios) y el fundamento de ambas sanciones no es coincidente”.*

que corresponde al Estado de crear y aplicar el Derecho penal objetivo. En cualquier caso, el Derecho penal subjetivo siempre está limitado por el Derecho penal objetivo; porque el Estado sólo puede definir delitos, e imponer penas, en la medida, y con los límites que las normas penales así se lo permitan.

Conviene, ahora, y a pesar del riesgo que supone circunscribir en un concepto, ofrecer una definición del Derecho penal que comprenda las características del mismo, desde la perspectiva objetiva y subjetiva. Así, y siguiendo la tendencia jurídica que surgió hace más de un siglo, se ha hecho clásica la definición que ofreció VON LISZT, y que retomo de nuevo: “*Derecho penal es el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al delito, como supuesto de hecho, a la pena, como legítima consecuencia*”²⁹.

De todos modos, esta definición debe ser enriquecida³⁰, porque durante el siglo XX se han ido prescribiendo las medidas de seguridad. Y, además, porque el Derecho penal no se reduce a prescribir unas normas que asocien las penas y las medidas de seguridad a los delitos; sino que, además, ofrece unas normas con un carácter típicamente preventivo. Y, en último término, el Derecho penal está integrado por unos valores y principios, que superan la condición de meras normas en su sentido positivo.

Por las razones expuestas, creo que debe ofrecerse una definición de Derecho penal más completa, y que comprenda las cuestiones expuestas: “*Derecho penal como el conjunto de normas, valores y principios, que prohíben y desvaloran la comisión de ciertos delitos y asocian a éstos, la imposición de determinadas penas y/o medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas*”³¹. Sin olvidar, además, que el Código Penal prescribe ciertas consecuencias accesorias diferentes de las penas y de las medidas de seguridad (Título VI del Libro I CP), como son el decomiso de los bienes y el decomiso

²⁹ VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal, I, Biblioteca de autores españoles y extranjeros, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 5.

³⁰ Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 45.

³¹ *Ibidem*, pp. 47-48.

de las ganancias procedentes del delito³². Y sin ignorar, la tercera consecuencia jurídica, es decir, la responsabilidad civil del delito³³.

Conviene reconocer, además, que el Código Penal recompensa al sujeto infractor, si éste reconoce y paga en su totalidad la deuda contraída con la Seguridad Social, bien con la exención de la pena, si con posterioridad a la comisión del delito regulariza su situación con la Seguridad Social (apartado 3 del art. 307 CP); o bien, con la atenuación de la pena (apartado 5 del art. 307 CP). Por tanto, el Derecho penal de la Seguridad Social ha promovido una doctrina que defiende la reparación del daño causado como una de las

³² Sobre el decomiso: Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.: Comiso, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 691-720; DÍAZ CABILE, J. A.: El decomiso tras las reformas del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 18-10, 2016, en <http://criminet.ugr.es/recpc>; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, parte general*, 10ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 670-671; GARRIDO CARRILLO, F. J.: *El Decomiso: innovaciones, limitaciones y deficiencias en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, 2019; y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., ECHARRI CASI, F. J. y CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M. J.: *Práctica procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 66-73.

³³ La comisión de un delito puede provocar un daño patrimonial y/o moral en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello, se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito debe reparar el daño económico producido o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad. Surge la cuestión a nivel doctrinal sobre si, ¿la norma correspondiente a la responsabilidad civil derivada de delito es de naturaleza penal?

Como sostiene el catedrático: MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 48: *“En la mayoría de las legislaciones la responsabilidad civil se regula por leyes civiles ajenas al Código Penal, y su imposición tiene lugar en un proceso civil distinto del penal. En Derecho español, en cambio, sucede lo contrario: el Código Penal regula la responsabilidad civil derivada de delito y éste se ventila en el mismo proceso penal (v. artículos 108 a 117 LECrim). Ello resultaría coherente con la consideración de la responsabilidad civil como ese tercer instrumento de política criminal”*.

A este respecto, vid. ANTÓN ONECA, en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Derecho penal*, I, Madrid, Editorial Akal, 2ª edición, 1986, p. 608.

Sin embargo, la utilización político-criminal de la responsabilidad civil derivada de delito, que resulta conveniente, no ha de oscurecer la naturaleza conceptual de esta clase de responsabilidad. Se trata, como su nombre indica, de una responsabilidad de carácter civil. Aunque el Código civil remite en su artículo 1092 al Código Penal para su regulación, lo hace tras haberla enumerado entre las obligaciones civiles (artículo 1089 CC). De hecho, es preciso recurrir constantemente a los preceptos del Derecho civil para llenar las numerosas lagunas de la regulación del Código Penal. Vid. MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 48-49.

La diferencia de naturaleza de la responsabilidad penal y la civil derivada de delito se ve confirmada si se compara el sentido de ambas. La pena se prevé como consecuencia de la infracción de la norma que prohíbe penalmente realizar el delito; en cambio, la responsabilidad civil derivada de delito no exige, necesariamente, la infracción de la norma que prohíbe delinquir, es más conveniente verla como la reparación de un daño, que trata de restablecer la situación alterada por el daño. *Ibidem*, p. 51: *“Ello no obsta -como antes he señalado- a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito”*.

exigencias propias de la protección de la víctima, a través del reconocimiento y del derecho a una adecuada satisfacción; y no sólo, por medio del castigo al infractor³⁴.

En efecto, el apartado 3 del art. 307 CP prescribe los requisitos para considerar eficaz la regularización. Así, se exime de pena a las personas obligadas que habiendo defraudado a la Seguridad Social, reconozcan completamente la deuda, y paguen ésta en su totalidad en un período de tiempo determinado. Y por otro lado, el apartado 5 del mismo artículo, concede la atenuación de la pena, que consiste en la facultad judicial de imponer una pena inferior en uno o dos grados, si, antes del transcurso de los dos meses desde la citación judicial como investigado, el sujeto obligado frente a la Seguridad Social o autor del delito satisface la totalidad de la deuda con la Seguridad Social y reconoce los hechos. Esta atenuación de la pena, de carácter potestativo, también entra en juego cuando ya no es posible la regularización, por no cumplir el requisito temporal³⁵.

Igualmente, en ciertos casos, el que resultare finalmente condenado en el proceso judicial, si abonase la deuda a la Seguridad Social o, al menos, se comprometiese a ello, podrá beneficiarse de la *suspensión de la ejecución de la pena* (artículo 308 bis CP). Para ello, deben concurrir los requisitos previstos en el régimen general de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (capítulo III, del Título III, del Libro I); como además, otros requisitos complementarios descritos en el artículo anterior: es decir, el penado debe abonar la deuda con la Seguridad Social, y ese requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda frente a la Seguridad Social, y las responsabilidades civiles de acuerdo a la capacidad económica, y de facilitar el decomiso acordado (v. artículos 127 a 129 bis CP), y sea razonable esperar

³⁴ Cfr. MIR PUIG, S.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 49.

Cfr. ESER, A.: Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en A. ESER et al., De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, (traducción de F. O. GUARIGLIA y F. J. CÓRDOBA), 1992, pp. 15 y ss.; y ROXIN, C.: La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones, en: VV.AA., Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania, Cuadernos del CGPJ, 1991, pp. 19-30.

³⁵ La reforma operada por la LO 7/2012 ha incorporado en el apartado 5 del artículo 307, un subtipo atenuado, sin precedentes en nuestra legislación penal. El Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto consideró acertada la inclusión al incentivar al infractor a reparar el perjuicio económico causado y otros posteriores mediante la colaboración para el esclarecimiento de los hechos. Es una atenuación que se expresa en similares términos a los expresados en el artículo 305.6 CP, y que ha encontrado gran acogida en la jurisprudencia (entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 140/2019, de 18 de enero o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 195/2017, de 21 de marzo). Sin embargo, este nuevo apartado 5 ha sido objeto de duras críticas por la doctrina, destacando los autores: TERRADILLOS BASOCO, J. y BOZA MARTÍNEZ, D.: El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 174, que la consideran falta de justificación.

que el mismo será cumplido. Y se exige como complemento necesario el deber de veracidad de dicha promesa.

Una vez que he contemplado el Derecho penal en sus dos dimensiones, objetiva y subjetiva, y visto también el objeto y el contenido, conviene abarcar ahora la cuestión relativa a la función. Es pacíficamente admitido por la doctrina que el Derecho penal es un medio de control social, pero, con un carácter formalizado y jurídico; ahora bien, su función propia es la protección de unos bienes fundamentales para la sociedad, y que, son tales, porque por ellos mismos, o, porque están protegidos por otra norma jurídica, deben ser calificados como bienes jurídicos³⁶.

Ahora bien, la cuestión que se plantea en este momento es qué tipo de bienes jurídicos debe proteger el Derecho penal; porque es evidente que no protege todos los bienes jurídicos, ni contra cualquier violación a los mismos. La solución final a esta

³⁶ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: Manual de Introducción al Derecho Penal, BOE, Madrid, 2019, p. 34.

A pesar de las diversas propuestas de definición del bien jurídico, tradicionalmente se ha entendido que éste cumple con dos funciones básicas: una función dogmática y otra función crítica.

La función dogmática alude al concepto como el objeto efectivamente protegido por la norma penal. Es un criterio de orientación interpretativa, un elemento dogmático que se articula dentro de la estructura del delito. “*En sentido formal, bien jurídico es el fin de protección de la norma legal (ratio legis), cualquier que sea. Un fin así lo tiene toda norma por el hecho de existir con cierta pretensión de racionalidad (las leyes se dictan siempre para algo) y, más aún, lo crea la propia norma al ser expedida. [...] A este concepto abstracto se llega por el camino de inferir los elementos comunes a los especiales fines de protección de las distintas figuras delictivas. Con esta noción positivista, la teoría del bien jurídico carece de importancia y la gramática dona las reglas supremas de la interpretación jurídica. Con esta concepción, el bien jurídico sólo cumple –precariamente– la “función clasificatoria” de los delitos de la parte especial, pero no impone ninguna delimitación y por tanto no envuelve ningún criterio de legitimación*”: CARRASQUILLA FERNÁNDEZ, J.: Derecho penal fundamental, Volumen I, Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 87.

Por otro lado, la función crítica o externa, implica abordar el concepto como criterio deslegitimador de supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido. La función crítica o político criminal se concibe entonces como: “*una función legitimadora, que en cierto modo legitima el Derecho penal desde ‘fuera’*” o que también deslegitima, con ocasión de la forma con que se aborde: JIMÉNEZ MEJÍA, D.: La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo, Nuevo Foro Penal nº 82, enero-junio, Universidad EAFIT, pp. 134-162, 2014, p. 143).

Por otra parte, la noción del bien jurídico implica configurar el objeto protegido por la ley penal a partir del objeto valorado y no desde la valoración del objeto.

El enfoque parte desde un sustrato material, lesionable, que es el fundamento fáctico o real del bien jurídico. Y, por tanto, abre paso a una noción material del bien jurídico: Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, H.: Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª edición, Santiago de Chile, 1992. Pero esta noción también fue puesta en cuestión ante el Derecho penal del riesgo.

En todo caso, el bien jurídico es un mandato de criminalización y también de deslegitimación, de límite a la política criminal y de intervención penal. Y, por ello, es una noción nada fácil y tampoco pacífica en la doctrina.

cuestión no se alcanza sin acudir al valor de la justicia, es decir, sin acudir al criterio de legitimidad que inspira el Derecho penal³⁷.

En la actualidad, y superados los dramáticos ejemplos que la historia ofrece de unos Estados totalitarios, el alcance de esos bienes jurídicos se reconoce a partir del modelo democrático y constitucional que caracteriza a nuestro Estado. En su virtud, hay que convenir que los bienes jurídicos deben ser decididos por los representantes legítimos del pueblo, que, a su vez, deben perseguir el respeto de los valores constitucionales. Esto ya fue reconocido por HORMAZÁBAL, que estableció que el concepto de bien jurídico se obtiene a partir de una noción concreta del poder político o a partir de una teoría política. Por lo tanto, se trata de un problema doctrinal, es decir, un problema que sólo puede ser resuelto a partir de los rasgos típicos que definen al Estado democrático.

Y bajo esta premisa, ese autor ha perseguido alcanzar el sustrato material dentro del proceso de conceptualización del bien jurídico, utilizando, para conseguirlo, aquellas necesidades típicamente humanas que deben orientar al legislador sobre los fines a proteger; evitando, en todo momento, la desfiguración de tal proceso, o la confusión sobre las verdaderas necesidades del hombre, sobre todo, cuando se confunden con el deseo de poder, con el egoísmo, con la ambición, con la codicia, o con la riqueza. Por todo ello, la solución se encuentra en el Estado democrático³⁸, entendido como aquel modelo que promueve la participación ciudadana y el control del poder político.

4. El modelo constitucional del Derecho penal de la Seguridad Social

Aunque la naturaleza del Derecho penal puede ser comprendida desde varios modelos, el recurso al modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, conlleva reconocer al Derecho penal como aquel medio de control social que debe garantizar la protección de los ciudadanos, es decir, una finalidad típicamente preventiva, y para

³⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: Manual de Introducción al Derecho Penal, BOE, Madrid, 2019, pp. 34-35: “*Los bienes jurídicos pueden aparecer en la vida real de las más diferentes formas: como objeto psicofísico (la vida, la integridad física), o espiritual-ideal (el honor), como estado real (la paz del hogar), o como relación social (el matrimonio), o como relación jurídica (la propiedad), o como conducta de un tercero (deber de fidelidad del funcionario público, protegido frente al cohecho). La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el Derecho. Es necesario advertir que el bien jurídico es algo objetivo que reside en las cosas. No es el ordenamiento jurídico quien crea los intereses sino la vida. La tutela jurídica transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos y, así, en bienes jurídicos*”.

³⁸ Cfr. HORMAZÁBAL MALAREE, H.: Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª edición, Santiago de Chile, 1992, p. III.

lograrlo, debe dirigirse, en concreto, a la prevención de los delitos³⁹, entendidos como aquellos comportamientos que la sociedad considera como dañosos para los bienes jurídicos⁴⁰. Ello exige que la función preventiva sea uno de los fines del Derecho penal.

A su vez, este modelo obliga el reconocimiento del carácter fragmentario del Derecho penal, porque sólo protege a los bienes jurídicos principales, y sólo frente a los ataques más graves. Por eso, se insiste en que el Derecho penal se constituye como la

³⁹ El delito es una de las formas en que se manifiesta la infracción jurídica, es decir, una de las formas de infracción de los preceptos contenidos en las normas penales. Aunque, no toda infracción constituye delito, sino sólo aquél que ha sido determinado por la norma. El criterio que orienta a la norma para distinguir el delito de otra infracción legal es del grado de intolerancia y rechazo de la misma. Es decir, el delito representa la infracción más grave e intolerable para la sociedad en general.

Una profunda reflexión sobre los elementos que debe reunir el delito a partir de ciertos valores ínsitos es lo que ha dado lugar a la definición analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Es precisamente, la teoría general del delito la que procura ofrecer una definición completa del mismo, y sobre todo, ofrecer sus implicaciones.

⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 37: “*El traslado al campo penal de la obligación que el artículo 9.º, 2 (de la Constitución) impone a los poderes públicos de “promover” y “remover” los obstáculos que impidan “que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos” supone la obligación de prevenir la comisión de hechos delictivos incidiendo sobre la generalidad, esto es, se exige constitucionalmente que la prevención general sea uno de los fines perseguidos por la sanción penal*”.

Sobre la finalidad de la pena en el Derecho penal y la prevención general: Cfr. MIR PUIG, S.: La función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1979, Versión alemana en *ZStW*, 95, 1983, pp. 413 y ss.; ID.: Introducción a las bases del Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 123, 141 y ss.; HASSEMER, W.: Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, en S. MIR PUIG (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 117 y ss.; LUZÓN PEÑA D.-M.: Prevención general y Psicoanálisis, en S. MIR PUIG (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, Bellaterra, Barcelona, 1982, pp. 149 y ss.; y BARATTA, A.: Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en Cuadernos de Política Criminal núm. 24, 1984, pp. 541 y ss.

“*En la actualidad, se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse solamente a través de la intimidación negativa (esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir), sino también mediante la afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho. Mientras que la prevención intimidatoria se llama también “prevención general negativa”, el aspecto de afirmación del Derecho penal se denomina “prevención general positiva” y, “estabilizadora” o “integradora” de modo sinónimo*”: MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, p. 89.

En la materia de este trabajo, es particularmente importante la función de la prevención general. En efecto, se buscan proteger las funciones específicas que desarrolla la Seguridad Social. Por una parte, la Seguridad Social cuenta con un sistema recaudatorio o de ingresos, que se nutre de las cuotas aportadas por los particulares (empresarios y trabajadores) y las aportaciones del Estado. Por otra parte, existe un sistema de gastos de la Seguridad Social, que cubre ciertas prestaciones como el desempleo o la asistencia sanitaria. El pago de la cotización por parte de empresarios y trabajadores contribuye a la conformación del sistema, es decir, a costear los gastos. Existe así un sistema en funcionamiento, que va mucho más allá del patrimonio de una empresa privada aseguradora e inclusive mucho más allá del patrimonio del Estado. Desde esta perspectiva se caracteriza a la Seguridad Social como una Hacienda Pública especializada (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: La reforma de los delitos contra la Seguridad Social por Ley Orgánica 7/2012, ADPE nº 3, 2014, pp. 205-222). Y al mantenimiento y conservación de este sistema, se dirigen los tipos previstos en el Código Penal (FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 788-789).

última razón al que debe acudir el ordenamiento jurídico; y obliga a que debe legitimarse como un medio de control social, y de protección eficaz de los ciudadanos.

De hecho, el Estado sólo reconoce una virtualidad propia al Derecho penal, en la medida en que sea absolutamente necesario, y siempre, cómo última razón frente a aquellos comportamientos más graves para los bienes jurídicos.

Esta es la razón de que nuestro modelo constitucional obliga a atribuir al Derecho penal una misión de control social, que busque garantizar la protección de los bienes jurídicos, y sobre todo, el funcionamiento de la sociedad. Lo cual, concede la razón a los que atribuyen al Derecho penal una función preventiva sólo ante aquellos comportamientos que se califican como más peligrosos y graves. Aunque esa función preventiva debe ser orientada por unos principios que la doctrina denomina: principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de proporcionalidad, y principio de culpabilidad⁴¹.

Este es el fundamento por el que el modelo constitucional exige el respeto de una serie de principios que garanticen que la función del Derecho penal se ejerza en beneficio de todos los ciudadanos, y bajo el control de las instituciones del Estado. Por ello, una vez expuesto qué es el Derecho penal, y para qué sirve, conviene expresar qué principios han de orientar al Derecho penal. En mi caso, estos principios son impuestos explícita o implícitamente por la Constitución, es decir, son los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.º, 1 CE). Por consiguiente, se derivan de sus valores constitucionales: la seguridad, la participación y el pluralismo, la libertad, la igualdad, y la dignidad de la persona.

Estos principios son recibidos de una tradición múltiple, que se reconoce deudora tanto del Estado Liberal como del Estado de Derecho, y por supuesto, reforzada por el Estado Democrático⁴².

⁴¹ MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 101-102: *“Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelitales), o que otras formas de Derecho penal autoritario”*.

⁴² ID.: Fundamentos de Derecho Penal y Teoría del delito, Editorial Reppertor, Barcelona, 2019, p. 37: *“Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de*

Por lo tanto, las tres características del Estado contemporáneo constituyen el fundamento de los principios del Derecho penal, que puede ejercer el *ius puniendi* sólo si respeta a los mismos, tanto por parte del legislador como por parte del resto de los órganos constitucionales⁴³.

De este modo, el Estado de Derecho impone la sujeción del *ius puniendi* al Derecho, lo que dará origen al principio de legalidad, que se fundamenta en los valores de seguridad y de democracia. A su vez, el Estado Social procura la legitimidad propia a la función preventiva del Derecho penal, es decir, sólo en la medida en que sea necesaria para proteger los bienes principales de los ciudadanos; lo que dará origen a los principios que dotan de contenido social a la función del Derecho. Y, el Estado Democrático supone el vínculo del Derecho penal al ciudadano, es decir, pone al servicio del mismo este medio de control social y de prevención, lo que dará origen a los principios que se asocian a unos valores: la dignidad, la igualdad, y la participación del ciudadano.

Por tanto, las tres notas del modelo constitucional se hallan de tal modo solapadas, que no se pueden comprender unos principios al margen de los otros. De hecho, el modelo constitucional garantiza un equilibrio entre los principios clásicos, y en ocasiones, opuestos, que derivan del modelo de Estado Liberal como del Estado Social⁴⁴. Con todo, la síntesis resultante, supone una auténtica superación de los modelos clásicos, al añadir una tercera nota fundamental en el modelo constitucional, y que es la derivada del Estado Democrático.

El Estado Liberal proporcionó la noción de Estado de Derecho⁴⁵, es decir, un Estado sujeto al imperio del Derecho que emana de la voluntad general, expresada por los representantes legítimos del pueblo, en los que radica la soberanía popular (art. 1.º, 2 CE); verdadero fruto logrado tras la contraposición de los anteriores Estados Absolutistas. Así, se reconoce en el art. 9.º, 1 CE: “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención positiva”.

⁴³ Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General, Editorial Reppertor, 10ª edición, Barcelona, 2015, pp. 113-114.

⁴⁴ Cfr. MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 31.

⁴⁵ La expresión procede de: VON MOHL, R.: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Tübingen, Laupp, 1832.

Por tanto, este modelo de Estado aporta unas garantías jurídicas, que deben asegurar el correcto ejercicio del poder público, y salvaguardar las esferas de libertad y de desarrollo del ciudadano⁴⁶. Este modelo persigue defender a la sociedad del Estado absoluto, a partir de la división de poderes, y que se plasma en el principio de legalidad.

El Estado Social surgió como consecuencia de la distancia que el Estado Liberal había creado entre el Estado y la sociedad⁴⁷. Por lo tanto, este modelo persiguió acercar el Estado a la sociedad⁴⁸, configurando un Estado que favorezca unas verdaderas relaciones sociales, que satisfagan las necesidades del ciudadano, reconocido como hombre social. En consecuencia, se asistió a la evolución de un Estado árbitro a un Estado intervencionista, que procurase el bien de la sociedad: “*un Estado que deviene Welfare State*”⁴⁹. A pesar de la relación complicada entre este nuevo Estado y el anterior⁵⁰, el paso hacia un Estado Social constituyó una ocasión fundamental para incorporar unas garantías que procuraban el bien de la sociedad. La síntesis más madura se ha logrado a partir de los textos constitucionales que han pretendido ofrecer un modelo de Estado en equilibrio.

De todos modos, lo más determinante para alcanzar ese equilibrio, es partir de una concepción que mantenga el Derecho al servicio de las relaciones sociales, y que, esa función no sirva sólo a una minoría, sino, a la sociedad general. Si esto se alcanza, se puede ofrecer la superación de aquella contradicción entre los dos modelos de Estado, y se puede lograr un Estado orientado al bien de todos los ciudadanos.

El modelo constitucional ha requerido la incorporación de un tercer elemento: el Estado Democrático⁵¹. Sólo así, se alcanza un Estado al servicio de las condiciones esenciales de cada ciudadano, pero, garantizando el control del ciudadano sobre esas condiciones, es decir, procurando el carácter democrático del poder.

⁴⁶ Cfr. MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 32.

⁴⁷ Cfr. DÍAZ, E.: Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid, 1975, p. 13.

⁴⁸ Cfr. DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L.: El régimen constitucional español, I, Labor Universitaria, Madrid, 1980, pp. 55, 113 y ss.

⁴⁹ MIR PUIG, S.: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 32.

⁵⁰ Cfr. DÍAZ, E.: Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Taurus, Madrid, 1975, pp. 45 y ss.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 16, 144 y ss. Este autor destaca con fuerza la orientación hacia la “democracia real” del Estado Democrático desde una perspectiva socialista. Vid. PECES-BARBA, G.: La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1981, p. 29.

En definitiva, este tercer elemento aparece enriqueciendo la síntesis histórica lograda entre el Estado Liberal y el Estado Social, y ofrece la posibilidad de asegurar la garantía de la libertad, comprendida no sólo en sentido formal, sino también, en sentido real⁵². Por eso, se procura no sólo un régimen político de organización basado en la decisión de la mayoría, y con el consiguiente respeto de las minorías, sino también, la salvaguarda de la autonomía de las personas, construida a partir del respeto a la dignidad y la autonomía de los ciudadanos. De este modo, se conjugan los valores básicos y reconocibles en la Constitución: la libertad, la dignidad, la igualdad, y, la seguridad, como componentes fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Una vez analizados el concepto, la finalidad, el contenido, e incluso el modelo constitucional de un Derecho penal, hay que volver al objeto específico de mi trabajo. Es decir, a aquello que he calificado como Derecho penal de la Seguridad Social. En efecto, fruto de una evolución legislativa, el Derecho penal en España ha consagrado una serie de normas penales que persiguen unos delitos que procuran proteger, con los matices que haré a continuación, la Seguridad Social comprendida como un auténtico bien jurídico⁵³.

5. Configuración legislativa del Derecho Penal de la Seguridad Social

⁵² Cfr. MIR PUIG, S.: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 34.

Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Constitucionalismo y Derecho Penal*, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-40; IGNACIO BALCARCE, F.: *Dogmática penal y principios constitucionales*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2014; BERNARDI, A.: *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, *Revista Penal de México* nº 1, 2011, pp. 65-95; CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estado de derecho y Ley penal*, La Ley, Madrid, 2009; IGLESIAS RÍO, M. A.: *Constitución y moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo*, en M. BALADO RUIZ-GALLEGOS y J. A. GARCÍA REGUEIRO, *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Madrid, 2003, pp. 1015-1026; QUERALT JIMÉNEZ, A.: *La recepción constitucional del estándar europeo sobre garantías en el proceso penal*, en S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 223-237; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Expansión del Derecho penal y límites constitucionales*, en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanza y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1655-1672; SÁINZ CANTERO, J. A.: *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*, en VV.AA, *Derecho y Economía en la sociedad actual*, UNED, Granada, 1978; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, M. I.: *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, Madrid, 2012; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R.: *Consecuencias de la crisis del Estado Social*, en VV.AA., *Serta: in memoriam Alexandri Bartta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 921-940; y SIEBER, Ulrich: *Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional*, *Revista Penal* nº 22, 2008, pp. 125-159.

⁵³ Cfr. OLLÉ SESÉ, M. (2020 b): *Capítulo XVIII. Delitos de defraudación a la Seguridad Social*, en A. LIÑÁN LAFUENTE, *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 469-511.

Estas figuras típicas que han surgido como consecuencia del renovado interés del legislador, y que persiguen el fraude a la Seguridad Social, han sido consideradas por la doctrina, como “*el verdadero eje del Derecho penal económico*”⁵⁴, y se hallan incluidas en el Título XVI del Libro II del vigente Código Penal⁵⁵. De hecho, estos nuevos bienes jurídicos protegidos, que el Derecho penal había ignorado hasta hacía muy pocos años, se han convertido en una de las parcelas fundamentales del Derecho penal económico, y que reviste un mayor crecimiento y dinamismo, y que, suscita el interés, cada vez, de más autores, entre los cuáles, se identifica mi trabajo.

Las figuras delictivas que se agrupan en el Título XIV del Código Penal son: el delito de defraudación tributaria (arts. 305 y 305 bis), el delito de defraudación a la Seguridad Social (arts. 307, 307 bis y 307 ter), el delito de fraude de subvenciones (art. 308), el delito de fraudes comunitarios (art. 306), y el delito contable (art. 310).

Los patrones fundamentales que guían la intervención legislativa del Derecho penal en esta materia de los delitos contra la Seguridad Social son⁵⁶:

I) La fijación de un *quantum* (condición objetiva de punibilidad) para que el hecho defraudatorio adquiera verdadera relevancia jurídico-penal a los efectos de los delitos de defraudación contra la Seguridad Social (art. 307 CP); al igual que, ya antes, se había establecido a los efectos del delito de defraudación tributaria (art. 305. 1 CP), del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP), de los delitos de fraudes a la Hacienda, o de fraude a los presupuestos generales de la Unión Europea (arts. 305.3 CP y art. 306 CP).

II) La inclusión de un elenco de causas de levantamiento de la pena “*ex post factum*”, cifradas en la noción de la regularización, que se deben verificar objetivamente antes de la notificación del inicio de las actuaciones inspectoras, o con anterioridad a la

⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: Delitos contra la Hacienda Pública, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. XIII.

⁵⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995 Referencia: BOE-A-1995-25444.

Esa misma rúbrica había sido ya introducida por el legislador español en la LO 6/1995, de 29 de junio, ley que modificó esta materia delictiva, todavía bajo la vigencia del CP anterior, llevando a cabo varias modificaciones en el delito de defraudación tributaria y en el fraude de las subvenciones, y tipificando por primera vez en nuestro Derecho el delito de defraudación a la Seguridad Social.

Sobre dicha reforma, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

⁵⁶ Cfr. MORALES PRATS, F.: De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), F. MORALES PRATS (coord.), Comentarios al Código Penal Español, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p 544.

interposición de la querrela o la denuncia por parte del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado, del Letrado de la Seguridad Social, o del representante de la Administración autonómica o local de que se trate, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias (arts. 307 y 307.3 ter CP).

En mi opinión, basada en la postura del OLLÉ SESÉ⁵⁷, la regularización representa una excusa legal absoluta, por medio de la cuál, el legislador, por razones de política criminal, y también, de utilidad material, renuncia a la imposición de una pena al sujeto obligado que, dentro de los márgenes temporales fijados en la norma, reconoce y repara el completo daño económico ocasionado. En esta situación, el *ius puniendi* del Estado otorga el perdón al sujeto obligado, al eximirle de toda sanción penal.

III) La introducción de algunas figuras delictivas relativas a los delitos contra la Seguridad Social, como respuesta definitiva a las nuevas necesidades técnicas y político-criminales de protección de los intereses públicos y que trascienden al ámbito social, representando una identidad fundamental frente a los diferentes intereses de la Hacienda Pública (arts. 307 y 307 ter CP). Por tanto, no puedo sino reivindicar, una vez más, la particularidad de estas figuras delictivas, y su no confusión, o remisión indefinida, al delito fiscal. En definitiva, supone una desfiguración y una transgresión de la mente del legislador, toda reducción de los delitos de fraude a la Seguridad Social a la figura del delito fiscal.

⁵⁷ Cfr. OLLÉ SESÉ, M.: Consumación, desistimiento y regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, La Ley Penal nº 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, nº 144, 1 de mayo, Editorial Wolters Kluwer, 2020, p. 16.

También, entre otros: Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 816; BUSTOS RUBIO, M.: La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 113; BOIX REIG, J. y GRIMA LIZANDRA, V.: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, en J. BOIX REIG (dir.), Derecho penal parte especial, Vol. II, Delitos económicos, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2020, pp. 828, 829 y 856; GALÁN MUÑOZ, A.: Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en VV.AA., Manual de Derecho penal económico y de la empresa, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 269; y GALLEGRO SOLER, J. I. y DÍAZ MORGADO, C.: Delito fiscal (artículos 305-305 bis), en M. CORCOY BIDASOLO y V. GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Manual de Derecho penal, económico y de empresa, parte general y parte especial, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 459.

Estos autores sintetizan las diferentes posturas doctrinales sobre la regularización, aunque referida al delito contra la Hacienda Pública, en una de las siguientes consideraciones: elemento negativo del tipo, elemento de carácter omisivo de la conducta típica, supuesto de reparación del daño, causa de justificación, desistimiento voluntario o excusa absoluta.

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022.**

A su vez, y para ofrecer una presentación completa, deseo recordar que se ha sometido al delito de defraudación tributaria a múltiples reformas técnicas (art. 305 CP)⁵⁸, consistentes en: la tipificación expresa de formas omisivas; la previsión de unos tipos agravados específicos (art. 305 bis CP), en atención a la utilización de personas interpuestas, la especial gravedad de lo defraudado, o la existencia de una estructura organizativa orientada al fraude; la tipificación expresa de la defraudación consistente en la exclusión del pago de cantidades retenidas, o que se hubieran debido retener, o de ingresos a cuenta de retribuciones en especie.

Por tanto, y en lo que a mi trabajo interesa, las figuras delictivas relativas a la Seguridad Social se han convertido, en el campo de lo doctrinal como de lo práctico, en una de las parcelas más interesantes del Derecho penal económico, y que ofrecen un mayor desarrollo y una mayor virtualidad, dada la evolución legislativa de estos años.

Al tiempo, *“ha surgido un gran debate doctrinal y jurisprudencial sobre esta materia, que ha desembocado en una bibliografía prácticamente inabarcable”*⁵⁹.

Por lo tanto, creo necesario reconocer que es uno de los temas que ha despertado importantes polémicas en el Derecho penal moderno, y a las cuáles, pretendo dar respuesta lo largo de estas páginas⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. APARICIO PÉREZ, J.: La reforma del delito fiscal, Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera números 10/11, 1997, pp. 80-88; ARGILÉS Y GARCÉS DE MARCILLA, J. L.: El nuevo delito fiscal, Crónica Tributaria nº 25, 2009; AYALA GÓMEZ, I.: Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado delito fiscal del art. 305 CP, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (dir.), Delitos e infracciones contra la Hacienda pública, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 97-167; BACIGALUPO ZAPATER, E.: La reforma del delito fiscal por LO 7/2012, Diario La Ley nº 8076, 2013; BAJO FERNÁNDEZ M. y BACIGALUPO SAGGESE, S.: Delitos contra la Hacienda Pública, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000; BAÑERES SANTOS, F.: Delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social y Fraude Subvenciones, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentario a la Reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 611-617; CORTÉS BECHIARELLI, E.: Delitos contra la Hacienda Pública para épocas de crisis (o sobre el Derecho penal recaudador), en F. J. ÁLVAREZ GARCÍA y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), Comentarios a la Reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 347-354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Consumación y prescripción del delito fiscal, Actualidad Penal nº 10, 2000, p. 219; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2019): Derecho penal económico y de la empresa, parte especial, 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia; MUÑOZ CUESTA, J.: La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre, Revista Aranzadi Doctrinal nº 11, 2013, pp. 37-48; QUINTERO OLIVARES, G.: El nuevo delito fiscal, RDFHP nº 173, 1078, pp. 1313-1358; y SILVA SÁNCHEZ, J. M.: El nuevo escenario del delito fiscal en España, Atelier, Barcelona, 2005.

⁵⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 31.

⁶⁰ *Ibidem*: *“Nuestro legislador ha colaborado activamente en agitar el debate, al someter estos delitos a innumerables reformas. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha participado ampliamente en esta discusión, constituyendo una doctrina muy elaborada que requiere la máxima atención”*.

El Derecho penal económico presenta, en efecto, uno de los perfiles doctrinales más complejos, porque abarca una serie de cuestiones de importante índole económica, es decir, porque busca resolver unos conflictos económicos relativos a la Seguridad Social⁶¹. En concreto, las dificultades que plantea son múltiples, y apuntan en varias direcciones; es decir, van desde la complejidad de aplicar a unas infracciones de tipo económico una norma peculiar como es la norma penal, como la necesidad de adaptar muchos delitos clásicos a las nuevas demandas que reclama la sociedad, y que exigen una nueva orientación del Derecho penal más flexible y sensible a la realidad⁶².

Pero, sin duda, la dificultad más importante, y que, genera más polémica, es el abuso de penalizar todas las infracciones económicas a través del Derecho penal de la Seguridad Social, convirtiendo a los juzgados penales en verdaderos recaudadores puestos al servicio de una Administración, que es ávida en su vocación recaudatoria.

En efecto, a la luz del desarrollo del nuevo Derecho penal a nivel legislativo y doctrinal, resulta un problema esencial, la urgente diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. De modo principal, porque el ordenamiento jurídico quiere operar con la idea de un único Derecho represivo y sancionador, atribuyendo el legislador la entera facultad punitiva a los Jueces y a los Tribunales, con un criterio del todo punto inaceptable, y a la vez, peligroso, para las garantías del ciudadano. Es decir, da la impresión de que nos encierra a todos en el ámbito del Derecho Penal, para encontrar en él, un campo apropiado para perseguir cualquier infracción económica, y siempre, bajo una clara finalidad recaudatoria.

De hecho, lo que se denomina Derecho penal económico no es en realidad un estricto Derecho penal, más que en una mínima parte. Es decir, pienso que, en la mayoría de los casos, y así lo reconoce también BAJO FERNÁNDEZ⁶³, se trata de un Derecho administrativo. En el fondo, se trata con la máxima de que la ley “*lo puede todo*” de operar al margen de los criterios propios del Derecho Penal, de los principios y de los valores

⁶¹ Cfr. TIEDEMANN, K.: Lecciones de Derecho penal económico, Editorial PPU, Barcelona, 1003, p. 27.

⁶² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico, Revista Penal México nº 5, 2013, p. 72.

⁶³ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1973, Disponible en:

<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiJ9q6ow9rxAhXB7eAKHRRiAIEQFnoECAQQAA&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2786010.pdf&usg=AOvVaw05I81kLgH6m7rowQFP9mI7>

constitucionales, y del resto de los principios informadores del Derecho penal, con una patente finalidad económica.

En mi opinión, *de lege ferenda*, una futura reforma del Derecho penal económico exigirá una doble finalidad. En primer lugar, una finalidad preventiva que requiere una Administración celosa, y provista de personal especializado en las materias económicas. Y por otro lado, una graduación de las medidas sancionadoras que coloquen a la pena como *ultima ratio* del Derecho, es decir, como última razón esgrimida para restablecer el orden social. Para ello, hay que revestir a dicho Derecho, de los instrumentos adecuados para el tipo de delincuencia que supone la lucha contra el fraude a la Seguridad Social.

Así, en primer término, como ocurre en el resto de los países de nuestro entorno, necesitamos de unas leyes básicas, sistematizadas, y estructuradas; en segundo término, requerimos de una parte general que resuelva de una forma propia, y diferente al resto del Derecho penal, algunas cuestiones propias de la delincuencia económica; y, en tercer término, necesitamos de un procedimiento peculiar que acoja a unos funcionarios especializados de la Seguridad Social. Por tanto, el Derecho penal económico que debe ir surgiendo va a ser configurado como un verdadero Derecho penal especial⁶⁴.

A la vez, esta materia del Derecho penal económico referida a los delitos contra la Seguridad Social, añade una gran complejidad que deriva de un marco jurídico internacional, cada vez más invasivo respecto a las competencias de cada Estado⁶⁵.

De este modo, cada vez posee una mayor trascendencia las decisiones político-criminales que, en esta materia, puedan adoptar los órganos internacionales, que diseñan los criterios esenciales para la punibilidad de estos delitos económicos⁶⁶.

Por otro lado, y no menos importante, hay que reconocer que las soluciones que, a veces, ofrece este Derecho penal de la Seguridad Social, resultan poco comprensibles para ciertas ramas del ordenamiento jurídico, más familiarizadas con su regulación por un orden sancionador propio del Derecho administrativo. De este modo, y, en esta cuestión correspondiente a los fraudes a la Seguridad Social, se impone la necesidad de

⁶⁴ En este sentido, el VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, Roma, 1953.

⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.: La unión del proceso regulatorio y el Derecho penal: una relación polémica, en M. SILVA SÁNCHEZ, Responsabilidad penal de autoridades, directores y asesores de empresa, Ulpiano Editores, Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz de la Sierra, 2016, pp. 23 y ss.

⁶⁶ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: El derecho penal económico español: de la pujanza económica a la depresión, en VV.AA., Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2013, p. 305.

proteger unos bienes comunes propios que derivan del Estado Social. Es decir, se manifiesta la necesidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, con un carácter imprescindible para poder constituir un verdadero Estado de bienestar, que atienda a los servicios públicos, y que garantice la cobertura de las prestaciones, mejorando el desarrollo de la sociedad en general⁶⁷.

Quiero expresar mi convicción más profunda de que nada de ello se logrará sin el mantenimiento y la vigencia de un Derecho administrativo específico que sustente el modelo económico. Pero, a la vez, es necesario un Derecho penal de la Seguridad Social que satisfaga las necesidades de cada ciudadano, y que, asuma las intuiciones originales que determinan mi investigación. A través de ello, se debe proteger la función social del ingreso público, y, también, la función principal del gasto público⁶⁸.

Además, hay que reconocer que, en mi investigación, posee una relevancia fundamental la percepción por la sociedad de las conductas incluidas en el concepto de fraude; es decir, hasta fechas recientes ha existido una convicción compartida de que no era necesario un reproche moral ante la evasión de las cuotas a la Seguridad Social o conceptos de recaudación conjunta, y mucho menos, era necesario un reproche penal⁶⁹.

En efecto, ha existido una indiferencia ética y una comprensión social hacia las transgresiones de estas normas propias de la Seguridad Social, que, si no eran realizadas por el sujeto particular, al menos, merecían del mismo, una actitud de aprobación o de tolerancia hacia el sujeto culpable. En todo caso, esta percepción se ha ido transformando gracias a un enorme esfuerzo por la transparencia pública; aunque, no es menos cierto, que esta percepción se ha resentido ante los enormes casos de corrupción que afectan a los ingresos públicos, y, por lo tanto, a la económica nacional.

La existencia de un sistema justo que permita un fondo de ingresos públicos que sustenten la Seguridad Social, requiere de una serie de mecanismos de todo tipo, es decir, no sólo, investigadores, sino, también, coercitivos y sancionadores. Así, se ha manifestado el Tribunal Constitucional [STC 110/1984, de 26 de noviembre]⁷⁰: [FJ 3]:

⁶⁷ Cfr. DWORKIN, R.: La democracia posible, Paidós, Barcelona, 2008, pp. 119 y ss.

⁶⁸ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 33.

⁶⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: El terrorismo fiscal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1981, p. 5; y GONZÁLEZ GARCÍA, E.: El delito fiscal en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública nº 135, Madrid, 1978, p. 733.

⁷⁰ STC 110/1984, de 26 de noviembre, [ECLI:ES:TC:1984:110].

“Parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz”⁷¹.

Hay que defender que todo Estado debe fomentar la solidaridad económica, aunque, sólo se puede alcanzar a través del concurso de unos medios tanto educativos, informativos, preventivos y coercitivos, destacando el recurso último al Derecho penal⁷².

III. CONCLUSIONES

Con estas reflexiones, creo haber ofrecido la orientación que debe guiar al Estado, y a la sociedad, ante el fraude a la Seguridad Social, es decir, debe actuar con contundencia ante un fraude que merece la calificación de ser una conducta insolidaria y

⁷¹ Además, la STC 76/1990, de 26 de abril, [ECLI:ES:TC:1990:76], expresa en su FJ 3º: *“La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a “un sistema tributario justo” como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias”.*

Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 34-35.

⁷² STS 643/2005, de 19 de mayo, [ECLI:ES:TS:2005:3235], FJ 5: *“Cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática. Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se puede compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas”.*

contraria a los intereses colectivos⁷³, y debe recibir una auténtica reprobación⁷⁴, y no la tolerancia de algunos ciudadanos.

De hecho, cada vez existe una mayor convicción por parte de la sociedad en su conjunto de la necesidad de crear unos verdaderos y eficaces mecanismos jurídicos que impidan el fraude a la Seguridad Social, la evasión de las cuotas, y de los conceptos de recaudación conjunta, y el incumplimiento de las obligaciones económicas, y de ingreso de las cuotas obligatorias a la Seguridad Social, que pueden realizar algunos sujetos en perjuicio del interés general.

Pienso que, en este momento, puedo ofrecer el colofón último y, a la vez, necesario para dar el paso esencial de un Estado de Derecho hacia un verdadero Estado Social, con la pertinente característica de Estado Democrático; que satisfaga la exigencia imperiosa de contar con unos mayores ingresos públicos para atender a las nuevas y urgentes necesidades económicas de los ciudadanos, a través de todo un conjunto de prestaciones

⁷³ Cfr. AA.VV.: Observatorio del delito fiscal. Primer informe del observatorio administrativo previsto en el convenio de 30 de junio de 2005 entre la agencia estatal de administración tributaria y la Secretaría de estado de justicia en materia de prevención y lucha contra el Fraude fiscal, Madrid, 2005, p. 7.

Esta cuestión relativa a los intereses colectivos fue ampliamente discutida a nivel procesal en la conocida Sentencia del Tribunal Supremo, sobre el conocido caso *NOOS*: STS 2056/2018, de 8 de junio, [ECLI: ES:TS:2018:2056]: *“Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social. Así las cosas, el tema queda ceñido a dilucidar en qué categoría encajar el delito de tráfico de influencias.*

La respuesta es obvia: no podemos identificar perjudicados concretos, como sucede con delitos de carácter predominantemente patrimonial o con bienes jurídicos más tradicionales como los delitos contra la libertad sexual o contra la integridad corporal o la libertad. El bien jurídico ligado al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública es de titularidad (si es que puede hablarse así) social, de todo el colectivo. En esas infracciones viene reconociéndose a la acusación popular una autonomía no estrictamente vicaria de la posición del Ministerio Público. Según la doctrina de esta Sala, esa situación difiere en puntos sustanciales de la que se presenta cuando el Ministerio Público, órgano imparcial que constitucionalmente tiene atribuida la misión de hacer valer ante los tribunales la legalidad y el interés social y, como consecuencia de ello y entre muchas otras funciones, enarbolar la pretensión acusatoria que entiende procedente en el proceso penal (y, en su caso, oponerse a las impropiedades lo que es también un interés de toda la sociedad), solicita el sobreseimiento y lo hace en concordancia y sintonía, en confluencia con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito.

El delito de tráfico de influencias pertenece a la primera categoría y por ello hay que aceptar la legitimación de la acusación popular para enarbolar esa pretensión. La decisión condenatoria de la Sala de instancia -cuya confirmación solicita ahora el Ministerio Público- contaba con los presupuestos procesales exigidos por el sistema acusatorio para pronunciarse tras examinar la acusación y la prueba que la avalaba”.

⁷⁴ Cfr. AA.VV.: El fraude fiscal en la Historia de España, Hacienda Pública Española nº 1, Madrid, 1994.

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),
septiembre de 2022.**

propias del sistema de la Seguridad Social. Esta nueva situación, pero sobre todo, este nuevo planteamiento, demanda un nuevo escenario, pero, también, una nueva convicción en la lucha contra el fraude a la Seguridad Social⁷⁵.

En definitiva, considero poder sostener que el Derecho penal de la Seguridad Social está llamado a constituir una parte específica, pero, también, fundamental, del orden sancionador propio del Estado Social y Democrático de Derecho, porque los rasgos propios de este Derecho afectan a la configuración de los nuevos delitos, y a la atribución de las posibles penas, como así se ha llevado a cabo en el Título XIV del Libro II del vigente Código Penal.

⁷⁵ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 37; y MUSCO, E.: Diritto penale tributario, Zanichelli, Bolonia, 2011, p. 9.