

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

EL DELITO DE FRAUDE DE PRESTACIONES SOCIALES (art. 307 ter CP): UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL APORÓFOBICO¹

THE SOCIAL BENEFITS- FRAUD (art. 307 ter CC): AN EXPRESSION OF THE APOROPHOBIC CRIMINAL LAW

Adrián Viejo Mañanes

Doctorando en Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

¹ Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el congreso internacional “Aporofobia y Derecho Penal en el Estado Social” organizado por la Universidad de Deusto los días 20, 21 y 22 de abril de 2021 en el marco del proyecto de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político criminales”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (Ref. RTI2018-095155-A-C22).

RESUMEN:

La entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 7/2012 supuso una modificación de los delitos contra la Seguridad Social al incorporar un nuevo delito de fraude de prestaciones sociales (307 ter CP). Ese nuevo injusto se separaba de los delitos homólogos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, permitiendo que independientemente de la cuantía defraudada toda defraudación de prestaciones sociales resultara típica, apostando a su vez por la inclusión de verbos típicos tan abiertos como facilitar. Respecto a estas cuestiones subyace un fundamento aporóforo, al penar conductas semejantes más gravosamente para el individuo o trabajador que para el empresario.

ABSTRACT:

The entry into force of the reform of the Criminal Code in Spain (brought about by the Ley Organica 7/2012) entailed a modification of the crimes against Social Security by incorporating a new crime of social benefit fraud (307 ter CP). This new offence was separated from the homologous offences against the Public Treasury and Social Security, allowing that regardless of the amount defrauded, all social benefit fraud would be a crime, betting on the inclusion of open verbs as "facilitating". These issues are based on an aporophobic basis, since similar criminal conducts are punished more severely for the individual or worker than for the employer.

PALABRAS CLAVE:

Fraude de prestaciones sociales; aporofobia; aporofobia institucionalizada.

KEYWORDS:

Social benefits fraud; aporophobia; institutionalized aporophobia.

SUMARIO:

1. Planteamiento de la cuestión. 2. Ausencia de condición objetiva de punibilidad. 3. La inclusión de la facilitación como modalidad típica. 4. Severidad en la aplicación de la excusa absolutoria. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Boletín Oficial del Estado publicaba el 28 de diciembre de 2012 la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal “en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social”. Con esta modificación el legislador introdujo un nuevo y específico tipo penal: el fraude de prestaciones sociales contemplado en el artículo 307 ter CP, el cual venía a colmar la laguna existente hasta entonces de subsumir los ataques a la vía del gasto de la Seguridad Social en otros tipos penales no específicos, ya fueran reconduciéndose al delito de estafa (artículo 248 CP) o al fraude de subvenciones (artículo 308 CP). Por ello, el legislador en la Exposición de Motivos justificó la creación de este nuevo ilícito sobre la base de que éste “permite dar un mejor y nuevo tratamiento penal a las conductas fraudulentas contra la Seguridad Social, y evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”².

Independientemente de la loable fundamentación que justificara la creación *ex novo* de esta figura, la opción político-criminal por la que se decantó el legislador fue la de prescindir de incorporar al tipo básico del delito importe mínimo alguno para su comisión delictiva, a diferencia de lo que ocurre en el resto de preceptos que castigan hechos delictivos contra la Seguridad Social o la Hacienda Pública, y ello por cuanto: “evita el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”. Este abandono del sistema de cuantías, utilizado para delimitar la infracción penal y el ilícito administrativo, deriva en una problemática sobre la que parece que no reparó el legislador penal: una prosecución y punición diferentes para conductas semejantes.

Y es que los comportamientos defraudatorios de prestaciones sociales contenidos en el apartado primero del artículo 307 ter CP no incluyen un límite cuantitativo mínimo, pues el legislador buscaba punir conductas –a su juicio– gravosas que por no alcanzar antaño una cuantía mínima no eran merecedoras de su persecución en vía penal. Empero, para la consecución de tal fin, no solo omitió la inclusión de esa cuantía mínima, sino que, a mayor abundamiento, al objeto de agravar y punibilizar toda conducta defraudatoria de prestaciones, introdujo como modalidades delictivas la obtención, la prolongación y la facilitación. Conducta típica esa de facilitación que tampoco está presente en el resto de delitos previstos en el Título XIV bajo la rúbrica <<de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social>>, separándose de nuevo de la tipología de los injustos allí contenidos, persiguiendo y penando conductas análogas de forma heterogénea.

Nos encontramos, pues, ante un más que plausible endurecimiento exacerbado por parte del legislador en la persecución de conductas defraudatorias contra la senda del gasto de la Seguridad Social con la inclusión en la Ley Sustantiva Penal del artículo 307 ter CP por dos vías: (i) vía cuantitativa –supresión de la cuantía mínima en el injusto– y (ii) vía cualitativa –ampliando el círculo de posibles sujetos *ad infinitum*–. Ello deriva, como analizaremos en las líneas que siguen, en un notorio ejemplo de desigualdad en la punibilidad de delitos cometidos por trabajadores e individuos de clases sociales más desfavorecidas por fraude de prestaciones sociales, en contraposición con aquellos cometidos por sujetos con un elevado poder adquisitivo por delitos contra la Hacienda Pública (305 CP) y por aquellos empresarios que defrauden cotizaciones a la Seguridad Social (307 CP). Endurecimiento éste del Código Penal en perjuicio de los más desfavorables que puede ser calificado como una suerte de aporofobia institucionalizada³. Este sistema penal es aporóforo⁴ por exceso, en terminología empleada por BUSTOS RUBIO⁵, al establecer penas ante conductas de bagatela, de escasa lesividad para el bien jurídico, y criminalizar conductas en forma de autoría que en muchos casos tampoco son lesivas para el bien jurídico.

² Ley Orgánica 7/2012. Preámbulo. IV. Párrafo 7º.

³ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch Editor. ISBN 978-84-122015-3-6; BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en PEREZ ADROHER, A., LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ E. (edits.), *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Madrid: Dykinson. ISBN 978-84-1377-310-0.

⁴ Sobre algunas facetas de este sistema confróntese: BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 23-04. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>.

⁵ BUSTOS RUBIO clasifica la aporofobia del sistema político y jurídico por exceso o por defecto en BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, p. 56. ISBN 978-84-121751-5-8.

2. AUSENCIA DE CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

Como ya hemos puesto de manifiesto, en primer lugar, la opción político-criminal por la que se decantó el legislador en la LO 7/2012 fue la de endurecer la respuesta punitiva para todo aquel individuo que defraudara prestaciones sociales, pues el precepto no consigna importe mínimo alguno para entenderse consumado. Simplemente, el legislador se limitó a incluir un tipo atenuado “cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo”, sin embargo, si lo comparamos con el resto de supuestos relacionados con el sistema de la Seguridad Social –o incluso con los delitos contra la Hacienda Pública– observamos que es el único de ellos sin la previsión de una cuantía mínima, produciendo que toda conducta defraudatoria de prestaciones sociales por muy leve que esta fuere es susceptible de ser punible.

Sin entrar a analizar y fundamentar en este momento si la cuantía prevista en el tipo actúa como condición objetiva de punibilidad o elemento objetivo del tipo, la extrema severidad del legislador penal al punibilizar el fraude de prestaciones desde el primer euro defraudado deriva en una evidente desigualdad entre este delito y el tipo de fraude de cotizaciones del artículo 307 CP. Y es que no existe un paralelismo entre ambos ilícitos que tutelan el mismo bien jurídico, pues el castigo al empresario por el impago de cotizaciones ha de superar el importe de cincuenta mil (50.000) euros, mientras que la sanción contenida en el fraude de prestaciones del 307 ter CP al beneficiario de ésta es mucho más represiva, pues cualquier fraude de prestaciones es constitutivo de delito por ínfimo que sea el montante defraudado. Esta disparidad a la hora de punibilizar conductas que atenten contra la vía del gasto (307 ter CP) o contra la vía del ingreso (307 CP) ha tenido como consecuencia que algún autor haya calificado a este tipo penal como una suerte de Derecho penal de clase⁶.

Este Derecho penal de clase se materializa en la aplicación de normas penales que benefician a quienes ostentan una clase social superior o un mayor poder adquisitivo. Así pues, comportamientos delictivos cometidos por el empresario que supongan un delito contra la Seguridad Social en su modalidad recaudatoria del artículo 307 CP no serán perseguidos penalmente si no superan la cuantía típica de cincuenta mil euros. En cambio, todo individuo que cometa fraude de prestaciones sociales del 307 ter CP, con independencia del importe defraudado, se verá sometido a un procedimiento penal. Esta desigualdad implica el ensanchamiento de la brecha social entre individuos de un elevado estatus social (*white collar crimes*) y la delincuencia común o de una clase social más baja (*blue collar crimes*) que ven como la comisión de conductas semejantes para la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico –el sistema de la Seguridad Social– conllevan aparejada una prosecución diferente⁷.

Pero es que, a mayor abundamiento, como bien apunta un sector de la doctrina, el artículo 307 ter CP, cuya función es la tutela del gasto de la Seguridad Social, tampoco encuentra su equiparación con el fraude de subvenciones (art. 308 CP), que protege la función del gasto de la Hacienda Pública, dado que para que sean perseguibles estas conductas de obtención de subvenciones o ayudas han de superar éstas los ciento veinte mil (120.000) euros⁸.

En consecuencia, construcciones penales homólogas, que tutelan el mismo bien jurídico penal, son desiguales en su punición y su persecución, lo que deriva en un Derecho penal de clase más beneficioso para empresarios e individuos de clases más altas; y ello pese a la buena fe que se le presume al legislador, quien justificó la incorporación del 307 ter CP en “el riesgo de impunidad de aquellos fraudes graves que hasta ahora no superaban el límite cuantitativo establecido”. No obstante, ese pretexto acarrea intrínsecamente una disparidad en el ejercicio del *ius puniendi* para según qué sujetos, al perseguirse conductas de forma más punitiva contra los menos afortunados.

⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2013. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter). En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, dir. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, coord. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 857. ISBN 978-84-9033-875-9.

⁷ CÁMARA ROYO, Sergio, 2018. Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones sociales (art. 307 ter C.P.). *Revista Penal*, nº 41, p. 53. ISSN 1138-9168.

⁸ CHAZARRA QUINTO, María Asunción, 2017. Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 127. ISSN 1697-5758.

Del planteamiento anterior nace a su vez la idea de la constatación de una manifestación aporofóbica difícilmente explicable en el delito del 307 ter CP⁹, pues se evidencia una mayor punibilidad en delitos cometidos por trabajadores e individuos con rentas bajas, en contraposición con aquellos cometidos por sujetos con un elevado poder adquisitivo. De esta forma, conductas que no acaban de ser lesivas *per se* para el bien jurídico son constitutivas de un delito que lleva aparejada una pena de multa, lo cual generaría más pobreza para el trabajador o individuo que tiene que hacer frente al abono de multas por conductas que no son en ningún caso lesivas para el bien jurídico, estigmatizando al trabajador por el mero hecho de serlo dilatando con ello su permanencia en ese estado de pobreza.

Y es que la deficiente redacción del tipo penal del 307 ter CP supone un rechazo frontal contra una persona por razón de su situación económica, pues el individuo o trabajador que defrauda prestaciones sociales, sin que revistan una especial gravedad por razón de la cuantía, será siempre condenado como mínimo a una pena de multa y a la pérdida de la posibilidad de acceder temporalmente a ayudas o subvenciones públicas o de gozar de beneficios o incentivos fiscales de la Seguridad Social, además de la consecuencia accesoria de la inscripción en el Registro Central de Penados de antecedentes penales, mientras que conductas defraudatorias llevadas a cabo por individuos contra la Hacienda Pública de hasta ciento veinte mil (120.000) euros o por empresarios de fraude de cotizaciones por importe inferior a cincuenta mil (50.000) euros no serán constitutivas de delito alguno.

Ese acentuado punitivismo respecto del delito de fraude de cotizaciones y contra la Hacienda Pública en contra de los más vulnerables supone una manifestación aporofoba de nuestro Código Penal; además, conculca el principio de lesividad, dado que abandonar un sistema de cuantías provoca que todo fraude de prestaciones sea reputado como delito, a pesar de que no todo fraude prestacional lesiona o pone en peligro al bien jurídico protegido de la Seguridad Social, sino acumulándose con otras acciones¹⁰; extremo que a su vez supone la derogación *de facto* de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), pues si toda defraudación de prestaciones sociales es típica a efectos penales a partir del primer euro defraudado supone dejar en parte vacía de contenido la legislación sectorial en materia sancionadora de infracciones en el orden social¹¹.

O lo que es igual, de la deficiente redacción del tipo penal del 307 ter CP al no incorporar un límite cuantitativo mínimo se colige que conductas que no son lesivas *per se* para el bien jurídico son constitutivas de delito, y ello a pesar de que el legislador posee otras herramientas para la persecución de estos hechos con una escasa gravedad de perjuicio económico. Insistimos, pues, en la necesidad básica de que todo individuo deba responder penalmente por comportamientos que muestren una efectiva peligrosidad real para el bien jurídico de la Seguridad Social. De ahí que, desde una perspectiva de lesividad concreta, las afectaciones más insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad suficiente a los fines de la tipicidad objetiva; máxime cuando el delito exige la causación de <<un perjuicio a la Administración Pública>>, luego nos debemos de preguntar qué perjuicio se puede llegar a causar a la Administración por hacer típica toda defraudación cometida por un individuo desde el primer euro defraudado¹².

En definitiva, la punición de estos comportamientos defraudatorios leves o de bagatela que no revisten una especial gravedad para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico son punibles a consecuencia de la deficiente redacción del artículo 307 ter CP, por cuanto no se consigna condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, debiéndose entonces reconducirse al ámbito administrativo al objeto de no conculcar (i) el principio de intervención mínima y última ratio del Derecho Penal, pues es imposible que defraudaciones de bagatela sean merecedoras de un reproche penal, (ii) el principio de lesividad de bienes jurídicos, toda vez que el Derecho Penal sólo ha de intervenir para tutelar los bienes jurídicos de los ataques más intolerables, y (iii) el principio de igualdad ante la ley, dado que se punibilizan conductas de forma más gravosa para los individuos más desfavorecidos económicamente hablando.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Aporofobia y plutofobia...* op. cit. pp.153 y ss.

¹⁰ Sobre los delitos acumulativos, ampliamente: BUSTOS RUBIO, Miguel, 2017. *Delitos acumulativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9143-973-8.

¹¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social... op. cit. p. 861.

¹² Sobre que el bien jurídico protegido de este delito es el patrimonio de la Seguridad Social, por todos: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, 2015. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 738. ISBN 978-84-9086-964-2.

Asimismo, la Sala Segunda en su Sentencia núm. 42/2015, de 28 de enero, (ECLI: ES:TS:2015:1582), también se posiciona en favor de una tesis patrimonialista.

3. LA INCLUSIÓN DE LA FACILITACIÓN COMO MODALIDAD TÍPICA

Con la promulgación de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que introdujo el 307 ter CP, el legislador tipificó expresamente tres modalidades delictivas que abarcan la autoría en este delito, a saber: obtener, prolongar y facilitar. Así, el tenor literal de la norma prevé que “*quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención (...) causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años*”. Focalizándonos en la facilitación, pues las anteriores no poseen un elevado interés para la cuestión que el presente trabajo nos ocupa, observamos *prima facie* que este verbo típico vuelve a apartarse del resto de injustos previstos en el Título XIV, de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cuyas modalidades típicas se alejan de verbos tan abiertos como “facilitar”.

Semánticamente, facilitar de acuerdo con el diccionario de la RAE, en su primera acepción, es <<*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*>> y, en su segunda acepción, <<*proporcionar, entregar*>>¹³. Por otro lado, teleológicamente hablando, inferimos que la expresión “facilitar a otros su obtención” alude a al disfrute, es decir, esta modalidad delictiva punibiliza la facilitación (indebida) a otros del disfrute de prestaciones sociales, y no el dictado de la resolución administrativa, toda vez que carecería de sentido que esta modalidad delictiva adelantara la consumación a un momento anterior, como es el reconocimiento al sujeto activo de la prestación indebida y que el resto de verbos típicos aludieran al disfrute como el momento consumativo, pues al exigir el precepto la constatación de un efectivo perjuicio para la Administración Pública colegimos que la consumación no se produce con la mera obtención sino con el disfrute que es cuando se constata un efectivo perjuicio en el patrimonio de la Seguridad Social. En consecuencia, aquello que el tipo penal punibiliza es la conducta de facilitar a otros el disfrute de prestaciones sociales. Se trata, en definitiva, de hacer fácil o posibilitar la ejecución del disfrute de una prestación a la que no se tiene derecho.

Centrándonos ya en la cuestión que nos ocupa, la singular regla de autoría prevista en el precepto al incorporarse expresamente la facilitación como modalidad típica, individuos que no se benefician directamente del fraude y cuyas conductas no poseen una especial identidad para lesionar el bien jurídico *per se* responden como autores por un delito de fraude de prestaciones. Esa extensión del concepto de autor a sujetos cuya participación puede resultar incluso tangencial respecto del hecho principal puede traer consigo numerosos problemas en la casuística diaria; máxime cuando, además, supone expandir el círculo de posibles autores *ad infinitum*. Es por ello que la principal crítica que ha esbozado la doctrina con respecto a esta modalidad delictiva es la singular regla de autoría que se produce al elevar a la categoría de autor la mera complicidad delictiva¹⁴. No desde la posición de cooperador necesario, pues a efectos penológicos resultan idénticas ambas conductas, sino desde el punto de vista de la complicidad, que pierde el beneficio de la menor condena que le hubiera correspondido. Por consiguiente, este problema técnico en la redacción de la norma consagra la equiparación a efectos penológicos del autor no beneficiado con el autor beneficiado de dicho fraude. Y es que el tenor literal del artículo 307 ter CP define como autor aquel que “*facilite a otros su obtención*”, de tal forma que “facilitar” es una conducta de autoría que busca abarcar al máximo el círculo de posibles sujetos activos, permitiendo así considerar autor del hecho delictivo a meros cómplices que no se han beneficiado del ilícito o no han tenido una intervención material en el hecho pero que sí “facilitan” el disfrute ilícito de prestaciones.

Así las cosas, del uso de descripciones típicas abiertas gracias a verbos como “facilitar”, que acaparan cualquier tipo de conducta, así como sujetos que participen en aquéllas, puede subyacer un fundamento aporófico al incorporar estos verbos únicamente en aquellos delitos que son cometidos por individuos de clases menos pudientes, en contraposición con delitos cometidos por empresarios o individuos de alto poder adquisitivo. Simplemente, si uno analiza los verbos típicos de otros delitos del mismo Título del Código Penal observará que: (i) el 305 CP consigna como modalidades típicas la defraudación a la Hacienda Pública, eludir el pago de tributos u obtener indebidamente devoluciones; (ii) por su parte, el 306 prevé como verbo típico la defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea; (iii) el 307 CP estipula la elusión del pago de cuotas a la Seguridad Social y/u obtener devoluciones como acciones típicas; y (iv) finalmente el 308 CP recoge de nuevo la obtención indebida, en este caso de subvenciones o ayudas incluidas las de la Unión Europea.

¹³ <https://dle.rae.es/facilitar> (fecha última revisión: 16 de mayo de 2021).

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa...* op. cit. p. 739.

En este sentido, BUSTOS RUBIO, Miguel, 2015. La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal. *Revista Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, nº 35, p. 9. ISSN 1138-9168.

Por ende, observamos que la modalidad típica de facilitar encuentra su previsión dentro del Título XIV del Código Penal exclusivamente en el delito de fraude de prestaciones sociales. Así pues, resulta evidente que el delito del 307 ter CP constituye un notorio ejemplo de respuesta penal discriminante en la exacerbada respuesta punitiva para aquellos sujetos que sin verse beneficiados del fraude responden a título de autor, y no de partícipe, por la inclusión por el legislador de verbos típicos como “facilitar”. Y ello por cuanto el resto de delitos incluidos en este Título no prevén entre sus modalidades típicas la facilitación. Y ello pese a que las posibles cuantías que operan como condiciones objetivas de punibilidad son ridículamente superiores en algunos casos, luego más justificación tendría si cabe abarcar la facilitación como conducta típica en el resto de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, pues la lesión al bien jurídico resulta más gravosa en aquellos injustos cuyos tipos básicos incluyen cuantías mínimas para su prosecución penal como ciento veinte mil euros (305 CP), cincuenta mil euros (307 CP) o cien mil euros (308 CP). Empero, en el injusto cuya ausencia de importe mínimo, que de por sí evidencia que toda defraudación de prestaciones sociales sea típica, además, incluye una modalidad delictiva como facilitar, lo que supone la punición a título de autor de conductas de complicidad, que por el importe defraudado podrían ser calificadas de bagatela, esto es, que no son en ningún caso lesivas para el bien jurídico, pese a que existen otros preceptos previstos en el mismo Título del Código Penal que no prevén tal modalidad delictiva, cuando los importes para su prosecución son en contraposición con el 307 ter CP absurdamente superiores y justificarían a mayor abundamiento esa inclusión.

Es por ello que constatamos de nuevo la existencia de un nuevo fundamento aporóforo en este delito cuando el legislador incorpora fórmulas tan abiertas como facilitar exclusivamente en delitos cometidos generalmente por individuos de clases sociales menos pudientes o por trabajadores. Por el contrario, si el sujeto activo del delito es de un elevado poder adquisitivo (305 CP), es empresario (307 CP) o si el ataque es a la vía del gasto de la Hacienda Pública (308 CP) omite tal inclusión, pese a que los ataques a las vías de los ingresos y gastos de la Hacienda Pública o a la vía del ingreso de la Seguridad Social únicamente pueden ser perseguibles si superan sumas de una considerable importancia lesionando, es decir, si el ataque contra el bien jurídico resulta de notoriamente gravoso y flagrante en comparación con el 307 ter CP se omite modalidades típicas previstas para la delincuencia organizada como es el verbo facilitar.

4. SEVERIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA

Habiendo constatado que el diseño de la tipificación de la norma del 307 ter CP es una muestra de aporofobia institucionalizada por exceso dado que se punibilizan prácticas de forma más gravosa asociadas a grupos concretos, al punir con multas conductas que no son lesivas en ningún caso para el bien jurídico y elevando meras conductas de complicidad a autoría, dilatando su permanencia en ese estado, finalmente debemos aludir a otra posible manifestación aporófora en este delito, que no es más que la constatación de una mayor severidad en el acceso a la excusa absolutoria regulada en el 307 ter.3 CP.

Quedará exento de responsabilidad criminal en relación con las conductas descritas en los apartados anteriores el que reintegre una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección y control en relación con las mismas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, el Letrado de la Seguridad Social, o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

De ese modo, la aplicación de la excusa absolutoria del fraude de prestaciones sociales opera cuando el trabajador o individuo reintegra la totalidad del valor de la prestación defraudada incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió. Por el contrario, si lo comparamos con la excusa absolutoria prevista en el injusto del fraude de cotizaciones observamos que ésta puede resultar ser de aplicación más laxa.

Así pues, el fraude de cotizaciones que tutela la vía de ingreso de la Seguridad Social prevé en su artículo 307.3 CP que la excusa absolutoria se aplica cuando el empresario haya procedido al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le hayan iniciado las actuaciones inspectoras o con anterioridad de que por el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interpongan querrela o denuncia dirigidas contra aquél.

Pero es que, a mayor abundamiento, tampoco encuentra su paralelismo el 307 ter CP con los delitos contra la Hacienda Pública contenidos en el mismo Título del Código Penal. El delito que castiga la vía del gasto de la Hacienda Pública prevé una excusa absolutoria para aquellos que disfrutaron de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, “cuando se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento que las percibió” (308.6 CP). Y el delito contra la vía del ingreso de la Hacienda Pública se aplica cuando el sujeto regularice su situación con el reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se proceda al inicio de las actuaciones inspectoras o antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, o el representante de la Administración territorial, foral o local interpusiera querrela o denuncia por esos hechos dirigida contra aquél (305.4 CP).

O dicho con otras palabras, para acceder al levantamiento de pena en el fraude de cotizaciones se exige únicamente el completo pago y reconocimiento de la deuda, mientras que para la aplicación de la excusa absolutoria en el fraude de prestaciones se conmina al completo reintegro del valor de la prestación más el interés legal, correspondiente al del dinero más dos puntos. Este extremo puede constituir una diferenciación injusta en favor del empresario que resida en una discriminación arbitraria en tanto en cuanto se obliga al trabajador a abonar un interés para aplicársele la excusa absolutoria (307 ter.3 CP) que no se le aplica al empresario en el 307.3 CP, luego no encuentra paralelismo la excusa absolutoria aplicada al trabajador con la excusa absolutoria destinada al empresario.

Esta circunstancia puede ser fundamentada en una posible razón aporófoba, si bien no podemos rechazar que pueda existir otro tipo de fundamentación que logre explicar este trato diferencial. Por ejemplo, que cuando un sujeto disfruta de una prestación el valor del dinero cambia a futuro, luego es lógico exigir un interés como hace el 307 ter CP y si el empresario deja de abonar unas cuotas o conceptos de recaudación conjunta normalmente el valor de la cuota es el que es, luego puede existir un sentido explicativo que no sea la constatación de una discriminación aporófoba. Empero, no comulgamos completamente con ese razonamiento toda vez que si el valor del dinero cambia cuando un individuo disfruta indebidamente una prestación, también lo hará cuando un empresario deja de abonar las cuotas correspondientes a la Seguridad Social, luego no cabe diferenciar entre estos levantamientos de pena por el referido motivo; en cualquier caso, dejamos planteada aquí esta posibilidad porque no resulta del todo evidente que no sea otra manifestación aporófoba.

5. CONCLUSIONES

La reforma del Código Penal operada por la LO 7/2012 supone la creación *ex novo* del artículo 307 ter CP el cual, tal y como hemos constatado, se trata de una manifestación de una aporofobia institucionalizada, una suerte de Derecho Penal aporóforo que estigmatiza al trabajador y a las rentas de clases más bajas por el mero hecho de serlo, dilatando con ello incluso su permanencia en ese estado.

Habida cuenta de cuanto antecede, del afán regulatorio del legislador por penalizar toda conducta de fraude de prestaciones del sistema de la Seguridad Social subyace:

la constatación de un Derecho Penal de clase, el cual se materializa la evidente desigualdad entre la persecución del fraude de cotizaciones cometido por el empresario que únicamente serán punibles a partir de cincuenta mil (50.000) euros, mientras que todo fraude de prestaciones será típico;

una conculcación de los principios de lesividad y de ultima ratio, pues no fijando el tipo penal del 307 ter CP cuantía mínima alguna produce que todo fraude prestacional sea típico, a pesar de que no supongan una afectación suficiente al bien jurídico;

la derogación de facto de la normativa administrativa sancionadora de infracciones y sanciones en el orden social, pues si toda defraudación es típica queda vacía de contenido la LISOS;

comoquiera que a todo individuo condenado le será impuesta como mínimo una pena de multa, pese a que la defraudación puede resultar ni siquiera lesiva para el bien jurídico, ese trabajador debe hacer frente al abono de multas, ampliando con ello la desigualdad y generando más pobreza para las clases más de rentas más bajas; la inclusión de verbos típicos tan abiertos como facilitar en el 307 ter CP, con respecto a sus homólogos, que permite considerar autor del hecho delictivo a meros cómplices que no se han beneficiado del ilícito o no han tenido una intervención material en el hecho, supone otra patente manifestación aporófoba al agravar este delito con respecto a injustos previstos en el mismo Título, más si cabe cuando las cuantías mínimas en aquellos, que no prevén la facilitación como modalidad típica, superan con creces en todos los casos a la ausencia de cuantía prevista en el 307 ter CP;

la posible constatación de otra manifestación aporófoba en el acceso al levantamiento de pena en el 307 ter CP, en comparación con el 307 CP toda vez que el fraude de prestaciones sociales exige, aparte de la restitución de la cuantía, un interés que no se prevé en el fraude de cotizaciones; finalmente, el quebrantamiento del principio de igualdad ante la Ley pues, de acuerdo con lo expuesto, la ley es más favorable para aquellas clases de rentas más altas que defrauden cotizaciones de la Seguridad Social que para aquella gente trabajadora que defraude prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

Por ende, proponemos de *lege ferenda* su modificación, asimilándolo de alguna forma al injusto de fraude de cotizaciones cometido por el empresario al objeto de acabar con la manifestación de aporofobia institucionalizada acreditada en el presente trabajo, incluyendo alguna cuantía mínima que separe el injusto administrativo del ilícito penal, suprimiendo la modalidad delictiva de facilitar y equiparando la excusa absolutoria del 307 ter CP con la del 307 CP.

6. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2015. La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal. *Revista Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, nº 35. ISSN 1138-9168.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2017. *Delitos acumulativos*. Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9143-973-8.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. “Aporofobia institucionalizada: el Código Penal como herramienta”, en PEREZ ADROHER, Ana; LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, María Teresa, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ Eva (eds.), *Derechos humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*. Madrid: Dykinson. ISBN 978-84-1377-310-0.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22,4ª CP)*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. ISBN 978-84-121751-5-8.

BUSTOS RUBIO, Miguel, 2021. Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. nº 23-04. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-04.pdf>.

CÁMARA ROYO, Sergio, 2018. Entre el Derecho Penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones sociales (art. 307 ter C.P.). *Revista Penal*, nº 41. ISSN 1138-9168.

CHAZARRA QUINTO, María Asunción, 2017. Un nuevo tratamiento de la participación delictiva en el artículo 307 ter del Código Penal. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 127. ISSN 1697-5758.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos, 2015. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch. ISBN 978-84-9086-964-2.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2013. Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter). En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, dir. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, coord. *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-9033-875-9.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, 2020. *Aporofobia y plutofobia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. Barcelona: Bosch Editor. ISBN 978-84-122015-3-6.