

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Circulares

CIRCULAR 1/2009, SOBRE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO SEMIA- BIERTO, EN SUPUESTOS DE QUEBRANTAMIENTO

1. ANTECEDENTES

La posibilidad de modificación de las medidas impuestas en resolución firme como manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución supone dar márgenes de maniobra al Juez y al Fiscal y trae causa en la necesidad de adecuar la respuesta jurídica a las concretas demandas que el interés del menor plantea en cada caso concreto.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) asume este principio general, concretamente en los artículos 13 y 51, que permiten reducir, modificar o cancelar la ejecución de la medida impuesta, tratando siempre de preservar el interés del menor. Este principio es una de las señas de identidad del Derecho Penal de Menores y como tal aparece en los principales instrumentos internacionales sobre la materia. En este sentido pueden citarse el principio n.º 17.4 de las Reglas Mínimas de las NNUU para la Administración de Justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985; la regla 16 párrafo primero de la Recomendación 87(20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y las reglas III.13 y III.20 de la Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre nuevas vías de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la Justicia Juvenil. Implícitamente también lo asume el artículo 40.1 de la Convención de Derechos del Niño.

Igualmente la reciente Recomendación Rec (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas acoge el principio de flexibilidad en su punto III.E.1. 49.2.

El artículo 23 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948 ya estableció que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revestían carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La STC n.º 36/1991, de 14 de febrero declaró al respecto que la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora no contraría el principio de legalidad penal, *pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.*

No obstante, la misma resolución, en su inciso final, establecía límites: es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

Una manifestación singular del principio de flexibilidad es la contenida en el artículo 50.2 LORPM para supuestos de quebrantamiento. De acuerdo con este precepto, *si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.*

Debe además tenerse presente –y ello es importante– que en estos casos el Juez de Menores acordará que el Secretario Judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de infracción penal y merecedor de reproche sancionador.

Este precepto tiene como finalidad dar una respuesta a los quebrantamientos en la ejecución de medidas en medio abierto, que por su propia naturaleza son difíciles de ejecutar ante una voluntad deliberadamente rebelde del destinatario de la misma.

Pero no en todos los casos debe procederse, ante un quebrantamiento, a la sustitución. No debe olvidarse que continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio* conforme a la que *cabe pensar en una modificación a la vista de la manifiesta ineficacia de la medida. No se olvide que no se trata propiamente de sanciones. Si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.*

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, al analizar el inciso segundo del artículo 50.2 LORPM, teniendo en cuenta la doctrina sentada por la STC n.º 36/1991 se mostraba reticente a su aplicación al considerar que, entendida en los términos en que está redactado el precepto,

supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, la Circular arbitraba distintas alternativas a su utilización tales como en caso de pluralidad de hechos delictivos, solicitar la *imposición tanto de la medida no privativa de libertad de que se trate (por lo general, la de libertad vigilada) como de la medida de internamiento por el tiempo que estime procedente, con la particularidad de que la medida no privativa de libertad habría de ejecutarse antes que la de internamiento, como excepción a la regla 1.ª del artículo 47.2, que el Juez de Menores podría alterar fundamentando su decisión en el interés del menor*. Otra alternativa era la de condicionar la no ejecución efectiva de una medida de internamiento en centro semiabierto al cumplimiento de una medida de libertad vigilada.

Siguiendo la estela de la Circular, esta previsión legal fue objeto de múltiples críticas y así la conclusión n.º 12 de las Jornadas de Jueces de menores organizadas por el CGPJ en abril de 2001 estableció que *el artículo 50. 2 de la LORRPM, en cuanto que prevé, en caso de quebrantamiento, la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento en centro semiabierto, puede ser contrario a los principios acusatorio y de proporcionalidad que regula el artículo 8 de la LORPM*.

Sea por los términos ambiguos de la Circular, sea por la insuficiencia de las alternativas planteadas por ésta, lo cierto es que de las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años posteriores se deducía que algunas Secciones de Menores, superando los escrúpulos de la Circular 1/2000, promovían la sustitución de medidas no privativas de libertad impuestas por el internamiento en régimen semiabierto en casos de quebrantamiento.

De hecho, las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en reforma de menores, celebradas en Almagro los días 6 y 7 de septiembre de 2007, expresamente declaran que «se estima adecuado, con la excepcionalidad que se predica en el artículo 50.2 LORPM, la sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste de cumplimiento» (*vid.* conclusión 7 a).

2. LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS *IN PEIUS* TRAS LA REFORMA 8/2006

La reforma 8/2006 no solo ha mantenido la plena vigencia del artículo 50.2 LORPM sino que además, siguiendo su filosofía, introduce nuevas vías para modificar las medidas en ejecución en un sentido agravatorio.

En efecto, el inciso primero del apartado segundo del artículo 51 LORPM establece que cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.

El inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM tras la reforma, también permite que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Aquí la mera evolución desfavorable habilita para modificar la medida impuesta en un sentido agravatorio.

Desde el punto de vista procedimental, la Circular 1/2007 aclaraba que aunque no se establecen expresamente los cauces para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

Por tanto, tras la reforma el Legislador no sólo mantiene las posibilidades agravatorias del artículo 50.2 sino que las incrementa.

En esa tesitura, la Circular 1/2007, asume implícitamente la aplicabilidad del artículo 50.2 y expresamente la del artículo 51.2, bien que introduciendo algunas caute-las garantistas.

En realidad, como ya refería el AAP Madrid secc. 4.ª 100/2003, de 25 de noviembre «la sustitución resulta necesaria e indispensable para que pueda alcanzar ejecutividad la sentencia cuyo cumplimiento no debe quedar a la libre decisión unilateral del menor».

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional recientemente ha tenido ocasión de zanjar el debate al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el artículo 50.2 LORPM.

El reciente ATC n.º 33/2009, de 27 de enero rechaza que el artículo 50.2 LORPM sea contrario al principio de seguridad jurídica: considera el TC que «...ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma...tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el artículo 50.2 LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales».

Añade el TC que «...la excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad no incurre en desproporcionalidad...».

Continúa la resolución afirmando que el artículo 50.2 LORPM no contradice las exigencias de la STC 36/1991, pues «supedita el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Menores para sustituir la medida inicialmente impuesta por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, uno de carácter sustantivo, cual es el previo quebrantamiento por el menor de la medida inicialmente impuesta; dicho de otro modo, es preciso que sobrevengan «nuevos hechos» en los términos de la STC 36/1991. Y, en segundo lugar, otro de carácter procesal, pues la decisión judicial de sustitución de la medida sólo puede adoptarse «a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico»; esto es, debe mediar «nuevo procedimiento», según se declaró en la indicada Sentencia».

Además, para el TC el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva «...*actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad... no forma parte de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de estas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones*».

Cierra el TC su razonamiento declarando que «...la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del *ius puniendi* de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego»

Por consiguiente, tras este pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 LORPM.

4. REQUISITOS PROCEDIMENTALES

Podrá ser aplicada esta sustitución *in peius* siempre en el contexto de excepcionalidad que el propio precepto establece y con el cumplimiento de los presupuestos de procedimientos. La excepcionalidad de la sustitución también es subrayada por la Recomendación Rec (2008)11, la cual, admitiendo la modificación de medidas, introduce restricciones, al disponer en su punto 30.1 que el incumplimiento por los menores de las condiciones y obligaciones de las sanciones o medidas comunitarias (en régimen abierto) que les hubieren sido impuestas, no debe llevar automáticamente a la privación de libertad. Cuando sea posible, las primeramente impuestas serán reemplazadas por sanciones o medidas comunitarias nuevas o modificadas.

Pues bien, los requisitos procedimentales legalmente establecidos son los siguientes: 1) Propuesta del Ministerio Fiscal; 2) Audiencia previa del letrado y del representante legal del menor; 3) Audiencia previa del equipo técnico.

Cabe plantear dos cuestiones:

La primera es si debe darse audiencia al menor. La respuesta es afirmativa, pese a la ausencia de referencia expresa en el precepto. El artículo 9.1 la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) declara el derecho del menor a *ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*. Mas específicamente, el artículo 22.1 d) LORPM reconoce el derecho al menor desde el mismo momento de la incoación del expediente a *ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente*.

Qué duda cabe que la decisión de ingreso en un centro de régimen semiaabierto afecta profundamente a la esfera personal, familiar y social del menor. *A fortiori*,

teniendo en cuenta que lo normal será que no exista aún sentencia condenatoria respecto del quebrantamiento, deberá darse al menor la oportunidad de alegar cuanto en su descargo considere oportuno en relación con el mismo.

Una segunda cuestión alude a la posible participación de la acusación particular en el incidente. El artículo 25 LORPM en su letra g) no deja lugar a dudas al establecer el derecho de la acusación a *ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor*.

Esto no obstante, debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal el incidente no puede iniciarse, a la vista de los términos rotundos del artículo 50.2 LORPM y teniendo en cuenta la excepcionalidad que inspira al precepto.

La petición del Fiscal (*vid.* Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*) y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige. En este sentido, el AAP Madrid secc. 4.^a n.º 73/2004, de 8 junio declara que *la excepcionalidad de la medida obliga a justificar las razones por las que se decide la sustitución. Esta justificación surge de la lectura de los informes que el Juez de Menores ha asumido: el menor no acepta el programa de ejecución de la medida impuesto. Y no solamente no hace lo más mínimo para insertarse en el mundo laboral, sino que está en una actitud de resistencia frente a cualquier actuación, por lo que la sustitución resulta casi obligada...*

5. CONSTATACIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO

Debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que ha de presidir la sustitución de la medida.

El quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, conforme al apartado cuarto del artículo 14 RLORPM se producirá por la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.

Lógicamente, para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el artículo 50.2 LORPM es necesario que se conste voluntariedad y continuidad. Las faltas de presentación justificadas y los incumplimientos aislados no pueden fundamentar la modificación.

De nuevo aquí entra en juego la cláusula de la excepcionalidad: este recurso debe utilizarse ante un incumplimiento reiterado que lleve a la conclusión de que se han agotado otras posibilidades.

Cuando se detecte la actitud reacia del menor al cumplimiento, sin que conste aún la efectividad de un quebrantamiento, tanto para la mejor constatación del incumplimiento aún no claramente apreciable, como para apurar los recursos pedagógicos, será ordinariamente conveniente, antes de acordar la sustitución por quebrantamiento, celebrar una previa comparecencia en la que se oiga al menor, junto con el Fiscal, Equipo

Técnico y profesional de la entidad pública encargado del cumplimiento, advirtiendo al primero que, de continuar su actitud contraria, se procederá a la sustitución de la medida. En definitiva, es aconsejable conceder una segunda oportunidad al menor.

Cuando pese a esta advertencia persista el incumplimiento o, cuando aún sin ella, conste la realidad e importancia de este a través del informe del profesional de la entidad pública, podrá valorarse la conveniencia de la sustitución.

En este sentido, el AAP Huesca n.º 30/2002, de 15 de abril declara que «la posibilidad de sustituir una medida no privativa de libertad por un ingreso en centro semiabierto es excepcional, de modo que...el incumplimiento de la medida de asistencia a centro de día, que inicialmente le había sido impuesta al menor, debería reunir los caracteres de habitualidad y reiteración para justificar la aplicabilidad del expresado artículo 50.2».

6. REQUISITOS MATERIALES: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Superadas las dudas sobre la constitucionalidad del precepto analizado, debe subrayarse su enorme potencial como elemento disuasorio de quebrantamientos de medidas no privativas de libertad y como cauce para dar una efectiva respuesta socializadora al menor infractor reacio a su cumplimiento. Además, la disponibilidad de esta alternativa conjura el riesgo de que los Jueces de Menores eludan optar por la medida en medio abierto ante el eventualidad de no poder intervenir adecuadamente si la misma después se quebranta.

Ello no obstante, su aplicación exige el pleno sometimiento al principio de proporcionalidad.

La Recomendación Rec (2008)11, además de subrayar en los términos antes expuestos la excepcionalidad de la sustitución de medidas no privativas de libertad por internamientos, dispone como principio general en su punto A.5 que la imposición y ejecución de sanciones o medidas...deberá estar...limitada por la gravedad de los delitos cometidos.

Una primera manifestación de este principio en la modificación prevista en el artículo 50.2 la impone el propio precepto: el internamiento en centro semiabierto no podrá superar el tiempo que reste para su cumplimiento.

La Recomendación Rec (2008)11 dispone en este mismo sentido en el punto D.2.48.4 que en los supuestos en los que se esté valorando la revocación o modificación de una medida o sanción comunitaria, *deberá tenerse en cuenta la parte de la medida que ha cumplido el menor, a fin de asegurar que la nueva medida o sanción siga siendo proporcionada a la infracción penal cometida.*

Ello supone que una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo cumplido de libertad vigilada. Cabe plantearse igualmente la cuestión relativa a cuál es la fecha de la que debe partirse para determinar «el tiempo que reste para su cumplimiento», al que se refiere el artículo 50.2 LORPM. En muchos supuestos estará claramente determinada la fecha en la que el menor acudió por última vez a una entrevista concertada o dejó definitivamente de asistir a cualquier diligencia judicial, o de cumplir las obligaciones impuestas. Se tomará esa fecha como inicial para calcular el tiempo que resta de cumplimiento. Sin embargo en los casos de cumplimiento intermitente y actitud refractaria del menor, la fijación de una fecha concreta y cierta como inicio del incumplimiento definitivo puede ser más problemática. En tales ocasiones, la seguridad

jurídica aconseja utilizar otros criterios en los que la certeza salga reforzada. Dada la excepcionalidad de este mecanismo parece más adecuado partir de la misma fecha del auto de sustitución.

En todo caso el artículo 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Partiendo de la máxima *a maiori ad minus*, cabe imponer una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

También debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, un eventual pronunciamiento absolutorio en relación con el quebrantamiento de condena o la evolución favorable del menor hagan procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

El principio de proporcionalidad sugiere otra importante consecuencia:

Durante la tramitación de la reforma de 2006, se trató de modificar la redacción del artículo 50.2. La enmienda n.º 64 propuso reformar el artículo 50.2 para que la libertad vigilada solo pudiera ser sustituida por internamiento en régimen semiabierto, cuando a los hechos fuere aplicable la medida de internamiento y por el tiempo proporcional a la medida sustituida. Como justificación se entendía que «...sería recomendable poner límites al artículo 50.2 para que no se pueda calificar como una *reformatio in peius* sin nuevo juicio o como una quiebra del principio de proporcionalidad, por imponerse una medida privativa de libertad por un delito de quebrantamiento, que no está castigado con pena de prisión en el Código Penal».

El hecho de que no se haya acogido tal enmienda no puede interpretarse en el sentido de que la modificación *in peius* no está limitada por la entidad de los hechos cometidos. Sin perjuicio de que la aprobación de la misma hubiera aportado claridad y despejado dudas, lo cierto es que a través de una interpretación sistemática y teleológica de la LORPM puede llegarse a idénticos resultados.

Así, en el nuevo supuesto de modificación agravatoria introducido por la reforma 8/2006 el inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM subordina tal modificación al respeto en todo caso de los límites de las reglas de determinación de las medidas. Si el hecho originariamente cometido no justificaba el internamiento en régimen cerrado, tampoco lo justificarán unos hechos nuevos (evolución desfavorable) que ni siquiera son típicos penalmente.

En el supuesto regulado en el artículo 50.2 LORPM nada se dice acerca de si para poder operar con la modificación *in peius* los hechos inicialmente cometidos deben ser susceptibles de motivar una medida privativa de libertad.

Podría argüirse que ese silencio, unido al hecho de que el artículo 50.2 no solo exige evolución desfavorable sino quebrantamiento de la medida, debe llevar a la conclusión de que aunque el delito primeramente cometido no llevara aparejada pena privativa de libertad en el Código Penal cabría imponer la medida sustitutiva de internamiento.

Pero esta argumentación es rechazable.

En primer lugar, el nuevo delito cometido (quebrantamiento) va a dar lugar a un nuevo expediente, por lo que del mismo no pueden extraerse otras consecuencias punitivas agravatorias distintas de las expresamente previstas, conforme a la recta aplicación del principio *non bis in idem*.

En segundo lugar, el contenido del artículo 100.2 del CP, de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final Primera de la LORPM, proporciona una pauta clara para determinación de la proporcionalidad en la excepcional decisión de sustitución. Este precepto, al prever la posibilidad de sustituir en casos de quebrantamiento cualquier medida de seguridad distinta de la de internamiento por una medida de interna-

miento, exige como condiciones que *esta estuviere prevista para el supuesto de que se trate y que el quebrantamiento demostrase su necesidad*». Se soslaya así una posible quiebra del principio de legalidad impidiéndose la imposición vía sustitución de medidas no previa y legalmente previstas para el supuesto de que se trate.

En tercer lugar, el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM incorpora una de las reglas de determinación de la medida mas importantes de todo el texto legal, que no fue modificada por la reforma de 2006 y que dispone que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fines de semana), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable conforme al Código Penal.

Lógicamente, del espíritu de este precepto se infiere que si la duración de las medidas privativas de libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito cometido por un adulto, con más razón estará prohibido imponer medidas privativas de libertad cuando el Código Penal no las prevea para los mismos hechos.

La restricción afecta a las medidas privativas de libertad, no a las restantes. Parece claro que en la *ratio legis* parte de que las medidas no privativas de libertad, básicamente cimentadas sobre sus contenidos educativos, no son homologables a las penas previstas en el CP.

Esta previsión expresa no se contenía en el sistema de justicia juvenil anterior a la LORPM, si bien la jurisprudencia constitucional, por vía interpretativa, llegó a idénticas conclusiones. La STC n.º 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre «la imposibilidad de establecer medidas mas graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare». La STC n.º 61/98 de 17 de marzo declara que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, no dando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores que basaba la medida en que «las necesidades del menor superan con mucho a la entidad del hecho que se enjuicia». Según el TC, «debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP».

El respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de medidas privativas de libertad actúa como contrapeso a la gran discrecionalidad que ha de otorgarse al Juez de Menores para poder adaptar la medida a imponer a las circunstancias del menor.

Para determinar el máximo de medida privativa de libertad imponible a un menor, la regla del párrafo 2.º del artículo 8 LORPM impone que se calcule como paso previo la pena que correspondería si el enjuiciamiento se refiere a un adulto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto. Por ello, para determinar el *quantum* imponible en medidas de internamiento, debe seguirse un proceso que en una primera fase pasa por analizar si el delito cometido lleva aparejada pena privativa de libertad (*conditio sine qua non*); en caso afirmativo, deberá determinarse cuál hubiera sido la pena privativa de libertad máxima imponible si el infractor hubiera sido mayor de edad penal, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes (participación, *iter criminis*, modificativas de la responsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad incompletas) y una vez determinado ese límite máximo (que en ningún caso podrá superarse), evaluar la medida a imponer al menor. Fijado el tope máximo, y con respeto al mismo, la flexibilidad –con los límites derivados de los períodos de seguridad establecidos en el artículo 10 LORPM– adquiere nuevamente todo el protagonismo.

Por tanto, si la pena prevista para los adultos no es privativa de libertad no puede imponerse la medida de internamiento ni siquiera en su modalidad de semiabierto.

Tampoco puede legitimarse la imposición de una medida privativa de libertad a un menor en base a la potencial responsabilidad personal subsidiaria imponible a un adulto conforme al Código Penal. En este sentido se pronuncia la SAP Las Palmas secc. 1.ª n.º 109/2005, de 29 abril «no estando penado o sancionado el delito de robo o hurto de vehículos de motor con pena privativa de libertad conforme al artículo 35 del Código Penal, es evidente que la medida impuesta de internamiento en un centro semiabierto es una pena privativa de libertad que por tanto supone una mayor aflicción que la pena prevista en el texto legal actual para un mayor de dieciocho años, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En efecto, no es válido el argumento de que el impago de la multa genera la responsabilidad personal subsidiaria, porque lo que ha de tenerse presente es la pena principal».

En esta misma línea, para la SAP Tarragona, secc. 2.ª, n.º 921/2004, de 29 de septiembre, «la comparación ha de establecerse entre consecuencias jurídicas principales. Concretamente, la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal es ajena a cualquier tipicidad y, por tanto, a todo juicio de proporcionalidad. Carece igual que la multa de correspondencia en el Derecho penal de menores, al basarse en presupuestos extraños a las necesidades de estos y a la finalidad educativa de las medidas previstas en la LORPM. El sobreseimiento de la responsabilidad pecuniaria lleva en el Código Penal a la privación de libertad, pero no es una consecuencia independiente de la multa, de modo que ausente ésta del artículo 9 LORPM no puede aquélla cobrar vida, por generación espontánea y en términos comparativos, para llegar a la conclusión de que la pena de multa, en el fondo, es de naturaleza privativa de libertad, como si la excepción fuera la regla general, y que las infracciones castigadas con multa lo están en realidad con penas privativas de libertad. Todo ello, para agravar la situación del menor de edad, en relación con los mayores, puesto que obviamente aquél no podrá eximirse del arresto pagando la multa».

En el mismo sentido puede consultarse la SAP Madrid, secc. 4.ª, n.º 107/2003, de 4 de noviembre.

Respetando este principio básico de las reglas de determinación de las medidas en Derecho Penal Juvenil, debemos concluir, pues, que sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del artículo 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

Finalmente, cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el artículo 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar entre la incoación de expediente por tal delito y el desistimiento en las Diligencias Preliminares.

En el primer caso, en armonía con el control de la ejecución de la medida sustitutiva que incumbe al Fiscal, se extremará la aplicación del principio de celeridad propio de la Justicia Juvenil con miras a que el menor que ya ha recibido una respuesta al incumplimiento a través de la sustitución, obtenga cuanto antes el tratamiento armónico y unitario que por el mismo hecho pudiera proceder.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito menos grave en el que no concurre violencia o intimidación en las personas y que ordinariamente los hechos anteriormente cometidos no serán de la misma naturaleza, lo más aconsejable será el desistimiento por cumplirse las exigencias impuestas en el artículo 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal par-

ticularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución.

A mayor abundamiento, debe valorarse que a la vista de la pena prevista por el Código Penal para el quebrantamiento (art. 468.1 inciso segundo), solo cabrá imponer por el mismo una medida no privativa de libertad, medida que fracasó con anterioridad y que precisamente motivó la sustitución.

7. CONCLUSIONES

1.º Tras el ATC n.º 33/2009, de 27 de enero, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del artículo 50.2 LORPM.

2.º Continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, conforme a la que si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.

3.º En el incidente de modificación previsto en el artículo 50.2 LORPM debe darse audiencia al menor, conforme al artículo 9.1 LOPJM.

4.º Debe reconocerse a la acusación particular el derecho a intervenir en el incidente y hacer las alegaciones que estime oportunas (art. 25 letra g LORPM)

5.º Debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal, el incidente no puede iniciarse.

6.º La petición del Fiscal y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige.

7.º La constatación del quebrantamiento debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que debe presidir la adopción de esta nueva medida.

8.º Para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el artículo 50.2 LORPM es necesario que se constatare voluntariedad y continuidad.

9.º Una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo ya cumplido de libertad vigilada.

10.º En cuanto a la fecha de la que debe partirse para determinar «el tiempo que reste para su cumplimiento», habrá de computarse a partir de la misma fecha en que conste claramente el incumplimiento definitivo de la medida impuesta por parte del menor. Cuando no pueda fijarse inequívocamente una fecha cierta de incumplimiento definitivo, se partirá de aquella en que se dice el auto de sustitución.

11.º El artículo 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Cabe imponer y puede ser aconsejable en algunos casos, una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

12.º Debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, una eventual absolución de la imputación de quebrantamiento o la evolución favorable del menor haga procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

13.º Sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del artículo 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

14.º Cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el artículo 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar por el desistimiento.

Por lo expuesto, los Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2009, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO REGULARIZAR EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LOS APARTADOS 4 DEL ARTÍCULO 305 Y 3 DEL ARTÍCULO 307 DEL CÓDIGO PENAL

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como presupuesto de partida y a fin de obviar discusiones doctrinales oportunamente resueltas por la Consulta de la Fiscalía General del Estado número 4/1997, de 19 de febrero sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal, la presente Circular parte de entender, como ya se exponía en aquel momento, que las previsiones a que se refieren los párrafos cuarto del artículo 305 y tercero del artículo 307 del Código Penal, constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo.

Se introducen las excusas absolutorias por regularización en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, en la que, anticipándose en unos meses a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, se abordaba la modificación de determinados preceptos del Código relativos a los Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Su concreta regulación fue incluida en aquel momento en los derogados artículos 349.3 y 349 bis) 3 del Código Penal de 1973, de los que los preceptos de los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 –con alguna pequeña diferencia entre ellos– son una transcripción casi literal.

Así, el artículo 305.4 establece que: «Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administra-

ción tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

Mutatis mutandi, el artículo 307.3 del Código Penal incorpora la excusa absolutoria en el delito de defraudación a la Seguridad Social con el mismo fundamento, naturaleza jurídica y posición sistemática en la teoría del hecho punible que la anterior, prevista para el delito fiscal.

Pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de los tipos penales a que nos hemos referido y a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo al respecto, persiste a día de hoy el debate planteado en relación con la interpretación que haya de darse a la expresión regularizar la situación en relación con las deudas, utilizada en los dos preceptos del Código Penal, controversia que se ha logrado reavivar por algún sector de la doctrina a partir de la entrada en vigor –el día 1 de julio de 2004– de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), de cuyo articulado se quiere extraer una definición legal de la regularización que contradice la exégesis efectuada por el Tribunal Supremo en las sentencias a que nos referiremos más adelante.

El origen de la cuestión está en la utilización por parte del legislador penal de un término –regularización– de uso relativamente frecuente en el Derecho Administrativo y más específicamente en la norma tributaria, en referencia al único requisito positivo exigible para la obtención del levantamiento de la pena conforme a los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, y en el entendimiento –defendido por un sector de la doctrina– de que la regularización constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal unívoco equivalente al simple afloramiento espontáneo y extemporáneo de bases tributarias ocultas, significado que se dice extraído particularmente de la normativa fiscal (concepción lata del término regularización).

Frente a esta primera opción, una segunda corriente interpretativa pone el acento en la exégesis penal del término a partir de su definición en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en su 22.^a edición), en el valor semántico que del mismo se infiere a partir del examen completo y sistemático de toda la normativa administrativa de referencia –tributaria y de la Seguridad Social– y en el fundamento jurídico penal e identidad teleológica de la propia excusa absolutoria, de donde se concluye que la deuda contributiva regularizada exige, en sede de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, además de su correcta declaración o autoliquidación, su ingreso. La doctrina consolidada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en esta materia se inclina por esta segunda línea interpretativa (concepción estricta de la regularización).

En la práctica, la interpretación del término ha dado lugar a una cierta falta de uniformidad en el criterio seguido por las administraciones implicadas en cuanto a la aplicación de los artículos 180 de la LGT, 3.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y 5 del Reglamento General sobre Procedimientos

para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo –relativos a la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal cuando la Administración estime que la infracción detectada pudiera ser constitutiva de delito–, además de propiciar resoluciones judiciales de sentido divergente: así y en un primer momento, el Tribunal Supremo en Auto de la Sala de lo Penal de fecha 19 de julio de 1997 y Sentencia de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa), acogía la tesis de exigir para la apreciación de la excusa absoluta únicamente la revelación espontánea a la Administración de la auténtica situación tributaria del contribuyente, criterio sostenido a su vez por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 12 de mayo de 1998, por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de septiembre de 1998 y por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 30 de junio de 2001.

En otro sentido y a favor de considerar que la satisfacción de la deuda es condición indispensable de la impunidad, se pronuncia el Tribunal Supremo en diversas sentencias de fecha posterior a las aludidas con anterioridad –a cuyo contenido nos referiremos cumplidamente en el apartado tercero de este documento– y las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de noviembre de 1999, además de las resoluciones posteriores a la entrada en vigor de la Ley General Tributaria 58/2003, entre las que se encuentran las Sentencias de la Sección 23.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de enero de 2005, de la Sección 1.ª de 7 de junio de 2005, Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de febrero de 2006 y Sentencia del Tribunal Supremo n.º 192, de 1 de febrero de 2006.

Resulta por tanto del mayor interés el establecimiento de criterios interpretativos que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en relación con esta cuestión, a fin de evitar, en la medida de lo posible, la inseguridad jurídica que genera el tratamiento desigual –en sede administrativa y jurisdiccional– de situaciones que en la práctica pueden ser prácticamente idénticas.

El término regularizar en el derecho administrativo, específicamente en el derecho tributario y la normativa propia de la Seguridad Social:

Razones de coherencia y sistemática interna exigirían –si se quiere defender la tesis de que el término regularizar constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal único–, que fuera viable contar con una definición de la expresión extraída de la normativa administrativa general, o bien –y más específicamente– del ordenamiento jurídico tributario cuando haya de integrar la previsión del párrafo 4 del artículo 305 y de la normativa propia de la Seguridad Social cuando aparece en el párrafo 3 del artículo 307 del Código Penal. Por otra parte, para dar una respuesta integral al problema hermenéutico planteado, habrá que hacer frente al escollo –eludido por buena parte de la doctrina tributarista– consecuencia de dotar al término regularización de un significado que se dice propio de la norma tributaria, cuando el objetivo sea interpretarlo en sede del párrafo 3 del artículo 307 del Código Penal (delito contra la Seguridad Social).

Del estudio de la legislación extrapenal de referencia se obtiene la conclusión de que las normas tributarias y de la Seguridad Social no ofrecen una previsión única y uniforme respecto del cumplimiento extemporáneo y voluntario de las obligaciones contributivas, ni tampoco una noción legal de lo que deba entenderse por regularización, tratándose este último de un término de uso corriente como acción y efecto de regularizar o poner en orden, relacionado con situaciones de hecho muy diversas dentro del ámbito tributario y fuera de él, en la normativa propia de la Seguridad Social, la práctica contable, el derecho urbanístico o la legislación sobre extranjería, por poner solo algunos ejemplos.

A) La derogada Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria

Cierto es que en su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 6/1995, de Reforma del Código Penal –que, como adelantamos, introdujo en el Código las excusas absolutorias a que se refiere esta Circular– hacía alusión a lo siguiente: «Resulta absolutamente necesario determinar la relación existente entre la regularización tributaria, autorizada expresamente por el artículo 61.2 de la LGT y el delito fiscal, lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas siempre que se realicen de manera espontánea, extendiéndose dicha exención a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en que el sujeto hubiese podido incurrir en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Esta regulación tiene por objeto salvaguardar el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por los contribuyentes. Asimismo, dicha regulación se hace también necesaria para integrar, de forma plena, las regularizaciones autorizadas por la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el conjunto del ordenamiento jurídico». Partiendo de estas menciones de marcado carácter coyuntural, resulta ineludible indagar acerca de cuál era en aquel momento el sentido de la expresión regularización en el ámbito de las relaciones jurídico tributarias.

La Disposición Adicional 14.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, constaba de dos apartados, en el primero de ellos se establecía: «Hasta el 31 de diciembre de 1991 podrán realizarse, siempre que no medie requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, declaraciones complementarias e ingresos por cualquier concepto tributario devengado con anterioridad a 1 de enero de 1990, con exclusión de las sanciones e intereses de demora que pudieran ser exigibles», de modo que se determinaba el alcance que había que atribuir a la regularización de determinadas situaciones tributarias, suponiendo un canon que excedía en su aplicación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por cuanto adquiría una incuestionable proyección general al disponer el siguiente apartado la nueva redacción del número 2 del artículo 61 de la LGT, cuyas líneas básicas permanecieron en el derogado artículo 61.3 de la LGT, según redacción posterior que le fue dada por Ley 25/1995, de 20 de julio.

Así, el apartado segundo de la Disposición Adicional 14.^a a que nos referimos daba nueva redacción al artículo 61.2 de la LGT, con el siguiente tenor literal: «Los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo único del 50 por 100, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. No obstante, el recargo será del 10 por 100 si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas, sin solicitar expresamente el aplazamiento o fraccionamiento de pago, se les exigirá en vía de apremio un recargo único del 100 por 100», redacción por medio de la cual se generalizaba la posibilidad prevista con carácter temporal en el primer apartado, estableciéndose un recargo variable en función del tiempo transcurrido hasta la presentación de la declaración.

De la lectura completa de la Disposición Adicional 14.^a y del propio artículo 61 de la LGT, se desprende que la regularización de la situación tributaria se refería no solo a la presentación de declaraciones complementarias de rectificación en ausencia de requerimiento previo, sino también al ingreso de la deuda, resultando altamente cuestionable que de la decisión del legislador de prever recargos por el retraso y no

sanciones, se pudiera llegar a concluir que la sola presentación de la declaración supusiera la ordenación de la situación tributaria.

Con distinta trascendencia, la Disposición Adicional 13.^a de la misma Ley 18/1991 denominada «Canje de activos financieros», preveía un régimen fiscal privilegiado y de carácter extraordinario por el que se eximía de responsabilidad –en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios– a quienes suscribieran Deuda Pública Especial, siempre que se aplicara a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, régimen también considerado de regularización fiscal pero de sentido obviamente diverso al previsto en la Disposición Adicional 14.^a, ya que no estaba condicionado al requisito de su espontaneidad, extendiéndose incluso a supuestos en los que el sujeto estaba ya sometido a actuaciones inspectoras.

La Ley Orgánica 6/1995 de reforma del Código Penal, en su Disposición Adicional Primera hace una primera referencia al problema planteado con la regularización tributaria autorizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio, utilizando la expresión regularización con carácter general y en la propia rúbrica, para a continuación distinguir, de un lado, el supuesto previsto en la Disposición Adicional 14.^a de la Ley 18/1991 y de otro el de la Disposición Adicional 13.^a, cuya eficacia en el ámbito penal necesitó de otra referencia exoneradora expresa y diferenciada de la anterior como consecuencia de su propia singularidad.

B) La vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria vino a sustituir, con efectos a partir del 1 de julio de 2004, a la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria a la que nos hemos referido en el anterior epígrafe. Su entrada en vigor no motivó más reforma en materia penal que la derivada de lo dispuesto en su Disposición Adicional 10.^a en relación con la exacción de la responsabilidad civil en los Delitos contra la Hacienda Pública. No hay en el texto de la nueva Ley un Título, Capítulo o precepto bajo la denominación «De la regularización tributaria» o similar. Sin embargo, se generaliza el uso del término regularizar a lo largo del articulado de la Ley, apareciendo con cierta profusión y en referencia a situaciones tributarias muy diversas, susceptibles de ser ordenadas, reguladas o regularizadas espontáneamente o con posterioridad al requerimiento de la administración, desde los más variopintos presupuestos de desajuste.

El artículo 101 de la vigente LGT introduce –de forma novedosa– el concepto de liquidación en los siguientes términos «acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad, que en su caso, resulta a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria».

Así pues, la liquidación constituye un acto administrativo resolutorio por el cual se determina la existencia de una deuda tributaria, identificando su cuantía y al sujeto pasivo. Por medio de la liquidación la deuda tributaria consecuencia de la realización del hecho imponible se convierte en exigible en aquellos tributos que han de ser declarados por el contribuyente y ulteriormente liquidados por la Administración. En el artículo 119.1 de la LGT se define la declaración tributaria como todo documento presentado ante la Administración tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos.

No obstante, este esquema ha sido profundamente alterado con la masificación de las autoliquidaciones en nuestro sistema tributario. La LGT, respondiendo a una demanda reiterada de la doctrina, regula las autoliquidaciones por vez primera en el

artículo 120.1 a las que define como las «declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria, o en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar».

La autoliquidación presupone no solo la realización de los necesarios cálculos aritméticos para el cómputo de la cuota sino también la interpretación y aplicación por el particular de la norma tributaria. Así pues, en el caso de las autoliquidaciones, la exigibilidad de la deuda tiene lugar de forma automática, por mandato de la ley y en el plazo establecido por la norma de cada tributo, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de la Administración. Una consecuencia lógica de lo anterior lo constituye el hecho de que, mientras las declaraciones tributarias se presentan en dependencias de la Administración Tributaria, las autoliquidaciones se pueden presentar en las entidades colaboradoras con la recaudación.

En cuanto al ámbito de aplicación de las autoliquidaciones en el sistema tributario estatal, únicamente se excluyen en los Impuestos de Aduanas, aplicándose en el resto de forma obligatoria y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de forma facultativa (artículos 31 de la LISD y 64 del RISD). El artículo 122 de la LGT prevé la posibilidad de que el obligado tributario presente autoliquidación complementaria dentro del plazo de presentación o fuera del mismo –en este último supuesto, denominada extemporánea–, siempre que no haya prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda.

El 179.3 de la LGT –cuyo tenor literal y contenido no resulta coincidente con los derogados arts. 61.2 y posterior 61.3 de la Ley General Tributaria de 1963– dice: «Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta, no incurrirán en responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la presentación de aquellas. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 de esta ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes.

Teniendo presente lo anterior, el artículo 27 de la LGT titulado genéricamente «Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo», establece:

1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria.

A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria.

2. Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 ó 15 por 100 respectivamente. Dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

(...)

3. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de la presentación de la autoliquidación extemporánea, la liquidación administrativa que proceda por recargos e intereses de demora derivada de la presentación extemporánea según lo dispuesto en el apartado anterior, no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.

De la interpretación conjunta de los artículos 27 y 122 de la LGT, –referido este último a las declaraciones y autoliquidaciones complementarias que el obligado tributario puede formular para completar o modificar otras anteriores, a resultados de las cuales haya realizado un ingreso inferior al que correspondía, solicitado una devolución o acreditado una cantidad a devolver o a compensar superior a la procedente– se desprende la posibilidad de presentar declaraciones y autoliquidaciones complementarias fuera de plazo y espontáneas, es decir, anteriores al requerimiento de la administración. Resulta significativo que en el n.º 3 del artículo 27 se haga una previsión específica de las consecuencias del supuesto llamémosle especial o particular de que las autoliquidaciones no vayan acompañadas del correspondiente ingreso, solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación, como es preceptivo conforme a las previsiones del artículo 120 de la LGT.

Por razones de estricta política fiscal y de optimización de los recursos limitados de la administración tributaria, el legislador establece en el artículo 27 de la LGT, el devengo de una serie de recargos variables en caso de presentación de declaraciones o autoliquidaciones extemporáneas que –según expresa el propio texto legal y ya había anticipado la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 164/1995, de 13 de noviembre–, son prestaciones accesorias que tienen un cometido resarcitorio del retraso, sin finalidad represiva y por tanto, sin naturaleza de sanción.

Así, en el artículo 191.1 de la LGT se establece que constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo *b*) del apartado 1 del artículo 161 de la Ley, precepto este último en el que se establece que el periodo ejecutivo se inicia «*b*) en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si este ya hubiera concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación», determinando el artículo 27.3 la compatibilidad de los recargos e intereses de demora derivados de la presentación extemporánea, con los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación, estando –por tanto– excluida la sanción aun en ausencia del ingreso.

Sin embargo, el apartado 6 del propio artículo 191 añade: «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo», de modo que en todo caso constituye infracción leve –destinataria de sanción– la falta de ingreso en el supuesto de presentación de autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento previo que no cumplan las exigencias formales del artículo 27.4 de la LGT en cuanto a «...identificar expresamente el periodo impositivo de liquidación al que se refieren y contener únicamente los datos relativos a dicho periodo».

Resulta obvio que las disposiciones exoneradoras y/o atenuantes de la responsabilidad administrativa y las excusas absolutorias en el Derecho Penal responden a fines no coincidentes, derivados principalmente de la distinta antijuridicidad material o entidad de la lesión al bien jurídico propio de unas y otras infracciones. El legislador tributario se ocupa así de definir los casos en los que el reconocimiento e ingreso voluntario y tardío de la deuda están exentos de sanción en sede administrativa, modulando las consecuencias de las infracciones tributarias en atención a variables tales como el cumplimiento o incumplimiento de determinadas formalidades (artículo 27.4 de la LGT).

Por otra parte, en los supuestos de deudas tributarias respecto de las cuales se hubiera iniciado un procedimiento inspector indebidamente interrumpido o excedido en su duración, se reconoce eficacia regularizadora a determinados ingresos en la letra *b*) del apartado 2 del artículo 150 de la LGT cuando dice: «La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) (...)

b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de esta ley.

Tendrán, asimismo, el carácter de espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras».

Este último supuesto que podríamos denominar de espontaneidad sobrevenida de los ingresos previstos en el artículo 150 de la LGT, resulta de imposible traslación al ámbito de la excusa absolutoria del párrafo 4 del artículo 305 del Código Penal, donde la posibilidad de regularización voluntaria de la situación tributaria en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero se bloquea por causas objetivas incompatibles con la presunción del artículo 150, dado que la regularización debe producirse «antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

Tampoco existe coincidencia entre las previsiones del artículo 305.4 del Código Penal respecto a las actuaciones administrativas que impiden la eficacia exoneradora de la regularización en el ámbito penal –que son únicamente las actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización– y las mucho más amplias causas de bloqueo previstas en el artículo 27.1 de LGT cuando atribuye esos mismos efectos a cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda

tributaria, de modo que en la normativa tributaria, la posibilidad de regularizar de forma espontánea finaliza tanto cuando se tenga conocimiento de actuaciones llevadas a cabo en vía de inspección como con los requerimientos realizados en el ámbito del procedimiento de gestión tributaria, cualquiera que sea su objeto.

Así, en la excusa absolutoria del artículo 305.4 del Código Penal, las actuaciones administrativas que impiden su aplicación serán exclusivamente las referidas a las funciones de comprobación e investigación atribuidas a la Administración Tributaria y a las que se refiere el artículo 115.1 de la LGT: «La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables al efecto». Estas funciones se encuentran normalmente atribuidas a la Inspección de los Tributos aunque también la LGT y el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio por el que se aprueba el Reglamento General de las Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria, encomiendan a los órganos gestores determinadas actuaciones de comprobación como las de verificación de datos, de comprobación limitada y de comprobación de valores. En consecuencia, la notificación del inicio de estos procedimientos de verificación, comprobación limitada e inspección, como manifestaciones del ejercicio de las facultades de comprobación e investigación de la Administración, ponen fin a la operatividad de la regularización en el derecho penal.

De lo dicho hasta ahora se concluye, de un lado, que las previsiones de la vigente LGT sobre cumplimiento extemporáneo y voluntario de las deudas tributarias, por su heterogeneidad, particularidades y designio específico dentro de la esfera de la política fiscal, no son trasladables al ámbito de la excusa absolutoria estudiada en ausencia de una previsión legal expresa en ese sentido, y de otro, que el uso de las expresiones regularizar, regularización, regularizado, a lo largo de todo el texto de dicha Ley, apela a su valor semántico en relación con el contexto en el que aparecen y la concreta realidad a que se refieren, sin que constituyan conceptos legales o se remitan a una única y diferenciada institución jurídico tributaria.

En consecuencia, para resolver la cuestión interpretativa propuesta sin caer en una arbitraria configuración de la excusa absolutoria fruto de la selección interesada de retales de la normativa fiscal y penal, resultará necesario determinar qué conductas aparecen como exigibles para poner en orden la situación tributaria relacionada con las deudas que tienen origen en la previa defraudación consumada de una cuota tributaria de cuantía superior a los 120.000 euros.

C) **La legislación administrativa en materia de prestaciones a la Seguridad Social**

Como ya anticipamos, la doctrina defensora de la innecesariedad de que se lleve a efecto el ingreso para apreciar la excusa absolutoria prevista para el delito contra la Hacienda Pública del artículo 305.4 del Código Penal, parte de identificar el concepto regularización tan solo con el supuesto de presentación de declaraciones o autoliquidaciones tributarias extemporáneas sin previo requerimiento, aun en el caso de que dichas declaraciones complementarias no vayan acompañadas, en su caso, del correspondiente ingreso. Con el anterior planteamiento, se deja sin resolver la ruptura que supone esa interpretación del término en sede del párrafo tercero del artículo 307 del Código Penal, donde la liquidación y el ingreso extemporáneo de la deuda derivada de cuotas de la Seguridad Social previamente eludidas, llevan siempre aparejada sanción en sede administrativa.

En los artículos 22 y 23 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, modificada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, se consideran infracciones graves o muy graves el incumplimiento de la obligación empresarial de realizar debidamente los actos de encuadramiento (afiliación) y la falta de ingreso de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, siempre que no sean constitutivos de delito y proceda la remisión del tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal en los términos a que se refiere el artículo 3.2 del mismo texto.

El artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social (tanto en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de mayo, como en la de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social), establece que procede la formulación de actas de liquidación respecto de las deudas por cuotas originadas por falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en caso de diferencias de cotización por trabajadores dados de alta cuando las mismas no resulten directamente de los documentos de cotización, y si se produce derivación de responsabilidad de sujeto obligado al pago o la aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social.

Las normas relativas al ingreso extemporáneo de esas deudas en el marco de las infracciones contra la Seguridad Social previstas en los artículos 31.4 de la Ley General de la Seguridad Social y 34.2 del Reglamento General sobre Procedimiento de Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social según Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, disponen la reducción en un 50 % de la sanción en caso de procedimiento de expedición de actas de liquidación y sanción formalizadas en documento único en los que el sujeto acepta la liquidación realizada por la Administración e ingresa la deuda durante el mes siguiente a aquel en el que se le notifica la resolución del expediente conjunto. El ingreso se produce con posterioridad a la perfección de la infracción y una vez que la Tesorería General de la Seguridad Social ha liquidado la deuda eludida, estableciéndose simplemente la reducción de la cuantía de la multa por la aceptación de la liquidación practicada y el pronto pago de la deuda. Así pues, la ordenación en sede administrativa de las deudas contributivas inicialmente eludidas en perjuicio de la Seguridad Social exige, por disposición normativa, de su efectiva satisfacción.

Interpretación del término en el ámbito del derecho penal y doctrina jurisprudencial

Los ordenamientos penal y administrativo –y más específicamente el tributario– constituyen grupos de normas de ámbitos y con finalidades distintas, de modo que los últimos se ven obligados a hacer frente a contingencias que tienen una incidencia menor sobre la política criminal. Si bien es cierto que la incorporación en 1995 del término regularización en nuestro Código Penal estuvo en alguna medida condicionado por la necesidad de armonizar el reproche penal con determinadas decisiones propias de la política fiscal del momento, la fundamentación de las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal no es meramente fiscal, por lo que la interpretación de la expresión no debe quedar condicionada por aquellas concretas circunstancias hasta el punto de hacer inviable un entendimiento de los preceptos a la luz de la teleología y naturaleza jurídica penal de las dos excusas absolutorias. Otorgar la prioridad a esta última opción evita la instrumentalización de la norma penal que supone ponerla al servicio exclusivo de los intereses de la política fiscal o recau-

datoria, lo que no haría sino degradar su necesidad en un ámbito de la conducta en el que la presencia del derecho penal ya no se discute.

Resulta por lo demás innegable que el derecho penal puede optar y así lo hace –sin menoscabar por ello la unidad del ordenamiento jurídico– por castigar las conductas en atención a su particular gravedad o potencial lesivo para el bien jurídico objeto de protección; un buen ejemplo de ello lo constituyen los tipos penales de los artículos 305 y 307 que castigan la defraudación tan solo en el supuesto de que la cuota eludida supere los 120.000 euros. En consecuencia, la prolijidad casuística con que se regula el cumplimiento extemporáneo de las obligaciones contributivas en el ordenamiento jurídico administrativo –tributario y de la Seguridad Social– no puede resultar determinante para la exoneración de responsabilidad propiamente penal, dado que esta última gravita principalmente en la ausencia de razones de prevención general y especial para castigar al defraudador, cuando, cumpliendo los requisitos legalmente previstos, realiza un comportamiento posterior ajustado a los fines perseguidos por el derecho penal y exponente de un auténtico retorno a la legalidad.

La doctrina que aboga por la innecesariedad del ingreso para la apreciación de la excusa absolutoria parte de una concepción fragmentada del ilícito penal que entiende que el injusto descrito en cada uno de los artículos 305 y 307 del Código Penal está constituido tan solo por el engaño de que se hace víctima a la Hacienda Pública o a la Tesorería General de la Seguridad Social, con el fin de eludir la obligación contributiva. Desde ese planteamiento y dado que lo que la norma penal castiga no es el impago de la cuota sino su defraudación, se quiere atribuir a la declaración veraz presentada fuera de plazo y sin ingreso el efecto exoneratorio a que nos referimos, obviando el importante matiz de que en este último caso, en el momento de presentar la declaración extemporánea, ya se ha consumado una defraudación constitutiva de delito que ha generado un perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública.

Frente al argumento anterior, conviene recordar que lo que el Código Penal prohíbe es la efectiva lesión al bien jurídico patrimonio de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, lesión que se proyecta en una doble dimensión: de un lado, conlleva la falta de percepción de los ingresos debidos, y de otro, trae consigo la frustración de las expectativas financiero recaudatorias, de justicia redistributiva y de política económica que el tributo y la cuota de la Seguridad Social cumplen en el ordenamiento jurídico.

Así pues, los preceptos penales sometidos a estudio no tipifican simplemente la puesta en práctica de modos de agresión al patrimonio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social particularmente peligrosos sino y sobre todo, la efectiva causación de un perjuicio patrimonial a través de tales modos de ataque. Desde esa perspectiva y una vez consumado el delito, la mera rectificación de los datos falseados o incorrectos no garantiza que el perjuicio patrimonial vaya a ser efectivamente reparado y no es suficiente para compensar el completo desvalor del hecho antijurídico, ya que el contenido del injusto de estas normas viene constituido tanto por el engaño como por la lesión al patrimonio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, que solo se remedia con el pago de la deuda. En ausencia de ingreso, tan solo la presentación de la declaración en forma tempestiva (dentro de plazo), completa y veraz impide la existencia del delito.

El deber de pago es un elemento consustancial a la noción de tributo y de contribución a la Seguridad Social. De acuerdo con los postulados programáticos del artículo 31.1 Constitución Española, en el que se recoge el mandato de que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio» y el artículo 41,

donde se establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, el artículo 35.1 de la Ley General Tributaria de 1963 declaraba que «La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el pago de la deuda tributaria», el artículo 19 de la vigente LGT establece que la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la deuda tributaria y en similares términos se expresa el artículo 19 de la LGSS. Desde esas previsiones constitucionales de igualdad y justicia, no puede ampararse una interpretación de la norma penal que anude las mismas consecuencias a la conducta del obligado que cumple en plazo con sus deberes contributivos y el sujeto que infringe la norma, como tampoco pueden recibir idéntico trato el deudor que declara la deuda inicialmente ocultada o declarada de forma mendaz y paga lo realmente adeudado, de aquel otro que se limita a rectificar sus datos en una declaración complementaria posterior. La declaración complementaria espontánea y extemporánea no puede por sí sola compensar la lesión al bien jurídico y el perjuicio patrimonial causado, resultando que rectificación y pago aparecen conectados de forma cronológico secuencial y son inseparables al efecto de provocar la liberación de la sanción penal prevista por el legislador para cada una de las dos infracciones penales a que nos referimos.

Los preceptos de los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal tienen la finalidad de promover la autodenuncia y el pago voluntario, y su previsión se inserta en las razones de utilidad, política criminal y prevención que subyacen a toda excusa absolutoria. Su configuración descansa sobre el pensamiento de la reparación, de modo que el perjuicio irrogado por el fraude adquiere así una presunción de provisionalidad, no es definitivo, de forma análoga a lo que ocurre en la excusa absolutoria del artículo 16.2 del Código Penal en los supuestos de delito intentado –como construcción jurídica que guarda importantes similitudes con el apartado 4 del art. 305 y el apartado 3 del art. 307–, donde es requisito imprescindible que se evite voluntariamente la consumación del delito bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido por los actos ejecutados si estos fueran ya constitutivos de otro delito o falta.

Como ya se dijo en la Consulta 4/1997 a la que hicimos referencia al inicio, con carácter general, la excusa absolutoria resulta de aplicación una vez consumado el delito, suponiendo la exoneración de una punibilidad ya surgida. Teniendo presente lo anterior, la pauta del artículo 16.2 del Código Penal –aun cuando se refiere a la tentativa de delito–, proporciona un poderoso criterio hermenéutico en relación con las concretas previsiones de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal por estar ubicada en la Parte General del Código Penal, dónde se contienen los principios informadores de la política criminal de todo el texto normativo. En ese sentido, constituiría una exégesis generadora de grave desigualdad valorativa aquella que exige al autor del delito intentado que impida eficazmente la producción del resultado para lograr la impunidad, mientras el responsable del delito fiscal consumado obtiene el mismo beneficio con la mera autodenuncia.

Similar fundamento subyace en las excusas absolutorias de los artículos 354.2 (relativo al delito de incendio de montes o masas forestales, donde se declara exento de pena a quien impide la propagación del incendio por su acción positiva y voluntaria), 462 (en relación con el delito de falso testimonio, donde la exención alcanza a quien se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de dictar sentencia) y 480.1 y 549 en relación con la revelación en los delitos de rebelión y sedición.

En coherencia con la naturaleza de este tipo de construcciones jurídicas, la rectificación exigible en la excusa absolutoria por regularización deberá constituir el envés del delito, anulando no solo el desvalor de acción (correcta declaración de la deuda) sino también el desvalor de resultado (ingreso de la deuda defraudada), de forma que tenga lugar un auténtico retorno a la legalidad al que el legislador quiere enlazar la notable consecuencia de renunciar a la imposición de la sanción penal respecto de una infracción previamente consumada, beneficiando a su vez al autor con la exención respecto de las otras infracciones penales instrumentales a que se refiere el precepto (recuérdese la extensión de la excusa absolutoria a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en relación a la deuda tributaria objeto de regularización y cometidas con carácter previo a la regularización de la situación tributaria). La admisión de la excusa por el mero hecho de confesar la deuda de manera extemporánea y espontánea podría tener efectos criminógenos y de búsqueda de la impunidad frente al delito fiscal. La excusa absolutoria y el consiguiente levantamiento de la sanción respecto de una infracción penal perfeccionada –típica, antijurídica y culpable–, exigen como contrapartida equiparable la efectiva cancelación de la deuda.

Por otra parte, desde el punto de vista de las exigencias de la prevención general, la necesidad del ingreso reafirma la validez intimidatoria de la norma, mientras que en la óptica de la prevención especial, la excusa absolutoria tan solo se debe garantizar al sujeto que disfrutando de los ilícitos beneficios fiscales consecuencia de su conducta inicial, voluntariamente normaliza su situación fiscal e ingresa lo eludido. El ordenamiento jurídico no puede otorgar la impunidad por el delito y al mismo tiempo amparar el consiguiente disfrute de las ventajas económicas derivadas de la infracción.

Tan solo en la modalidad delictiva de la obtención indebida de devoluciones a que se refieren los dos tipos penales objeto de estudio –y dado que el perjuicio patrimonial para el erario público o el patrimonio de la Seguridad Social no se produce hasta que se efectúa la devolución solicitada por el sujeto activo–, la simple autodenuncia realizada con anterioridad a materializarse dicha devolución y cumpliendo el resto de condiciones previstas por los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal, supone el reverso de la conducta delictiva desplegada hasta ese momento, constituyendo presupuesto bastante para la aplicación de la excusa absolutoria.

Frente a quienes oponen que si de la declaración de la deuda no se deriva la exoneración de la pena, se habrá producido la confesión del culpable con sus consiguientes consecuencias negativas (incoación del procedimiento penal) y sin contraprestación alguna para el imputado, habrá que recordar que la simple autodenuncia puede constituir el supuesto de hecho de la atenuante de confesión del artículo 21.4.^a del Código Penal, cuya finalidad última es fomentar la colaboración con la Administración de Justicia y facilitar la persecución del delito, resultando que la ley no anuda a la confesión el levantamiento de la pena, sino únicamente su atenuación.

Resulta gratuito y en alguna medida demagógico el argumento de que la exigencia del ingreso supone la «resurrección» de la prisión por deudas; quizá sea suficiente con recordar que la prisión en ningún caso sería consecuencia del impago de las deudas sino de la comisión efectiva de un delito de defraudación tributaria castigado con pena privativa de libertad, unida a una conducta postdelictiva del defraudador que no reúne los requisitos exigidos por la ley para el levantamiento de la pena.

En la misma línea, ante la tesis que apunta que esta interpretación de la excusa absolutoria favorece a los defraudadores más solventes frente a los que no lo son, debe tenerse en cuenta que el límite cuantitativo de la tipicidad en los artículos 305 y 307 del Código Penal –que reservan el reproche punitivo para las defraudaciones de

cuotas contributivas, tributarias o de la Seguridad Social, superiores a los 120.000 euros–, supone la previa existencia de bases imposables o contributivas de importe muy elevado, realmente alejadas de una auténtica situación siquiera de dificultad económica, cuanto menos de insolvencia. Por otra parte, esa misma objeción sería predicable de la atenuante de reparación o disminución del daño del artículo 21.5.^a del Código Penal, resultando de interés a este respecto la doctrina del Tribunal Supremo expresada, entre otras, en Sentencia n.º 842 de 31 de julio de 2006 cuando dice: «La atenuante de reparación no tiene razón de ser en la disminución de la imputabilidad sino en el objetivo de política criminal consistente en la protección de la víctima», y n.º 307 de 15 de febrero de 2007: «La atenuante de reparación del daño obedece a la política criminal consistente en la tutela de las víctimas, sin perjuicio de que pueda significar la rehabilitación del delincuente a través del regreso al orden jurídico, un *actus contrarius*; para lo que habrá de atenderse, en caso de reparación parcial, a su proporción con el daño causado y a las posibilidades del delincuente. Véanse las sentencias de 17.1.2005 y 24.4.2005». El núcleo de la cuestión está pues, no tanto en la capacidad económica del sujeto, sino en las consecuencias que deben derivarse para aquel que voluntariamente decide restablecer el orden jurídico violentado. *De lege data*, los artículos 305.4 y 307.3 al referirse a la regularización de la situación en relación con la deuda, exigen su íntegra satisfacción tras la rectificación de la previa conducta defraudatoria de que se trate, siendo el sujeto que ha desencadenado la lesión al bien jurídico quien debe correr con el riesgo de que la conducta de cumplimiento extemporáneo no pueda verificarse en la forma prevista para el levantamiento de la pena por su falta de liquidez, en cuyo caso, podría ser destinatario de las atenuantes de confesión del artículo 21.4.^a, si se produce el reconocimiento completo y veraz de la deuda y/o de disminución del daño del artículo 21.5.^a, en el supuesto de satisfacción parcial de lo debido.

En apoyo también de la inexigibilidad del ingreso en el caso de la regularización de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal se apela a la utilización del término reintegro en el caso del delito de fraude de subvenciones del artículo 308 –como vocablo claramente expresivo de la necesidad de devolver el importe de la subvención recibida para obtener la exención, frente al utilizado en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal–, olvidando que tradicionalmente, el reintegro es expresión propia de la norma extrapenal de referencia en materia de subvenciones y ha sido utilizada a lo largo del tiempo en ese contexto, entre otras, en sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. El Título II de la vigente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones se denomina «Del reintegro de subvenciones», constituyendo además un término con connotaciones de todo punto ajenas a las deudas tributarias o a las contraídas con la Seguridad Social, aun cuando sí revela la voluntad del legislador penal de vincular el levantamiento de la pena a conductas postdelictivas realmente reparadoras, de modo que el reintegro constituye la ordenación de la subvención tras la comisión de alguna de las modalidades delictivas a que se refiere el artículo 308 del Código Penal, situación que entendemos predicable de las conductas descritas en los artículos 305 y 307, en cuyo caso, se recurre a una expresión de uso corriente, particularmente en la esfera administrativa –regularizar– cuya exégesis penal en relación con la deuda contributiva, aglutina su reconocimiento veraz y el ingreso de lo realmente debido.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con esta cuestión en doctrina ya consolidada, entendiéndolo, de conformidad con lo dicho, que el pago constituye un elemento consustancial a la regularización, en la línea de lo ya expuesto. En ese sentido, la Sentencia n.º 1807, de 30 de octubre de 2001, señala «...la regularización prevista en el mencionado precepto como excusa

absolutoria tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en razones de utilidad que subyacen en toda excusa absolutoria, lo que no concurre cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (STS 6.11.2000); regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago, lo que no se puede producir de forma automática en virtud del transcurso de los plazos prescriptivos, por tratarse de conceptos jurídicos diversos».

En parecidos términos, la Sentencia n.º 1336, de 15 de julio de 2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo decía: «... Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide asimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber, que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y que la administración tributaria, en uno y otro caso, al fin, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la ley (...) es el mismo Legislador el que, en la exposición de motivos de la ley que introdujo la excusa absolutoria en el Código Penal anterior Ley Orgánica 6/1995, ilustró acerca del porqué de haber obrado de este modo. Y lo hizo poniendo el énfasis en el dato significativo de que lo realmente buscado fue sustraer a la responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras de haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido espontáneamente salir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones y a la consecuencia del incumplimiento de éstas. Tal es el elemento de principio a tomar en consideración: la concurrencia de una conducta que –aunque tardía– guarda una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto».

La Sentencia n.º 539, de 30 de abril de 2003, añade «Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación –a ello equivale la presentación de la declaración complementaria– cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la administración.»

Completando la argumentación de las anteriores, la Sentencia n.º 636, de 30 de mayo de 2003, precisa que «... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago» recordando que «el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento», argumentos que se reiteran, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo n.º 751, de 28 de noviembre de 2003.

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 192, de 1 de febrero de 2006, confirma el criterio expresado en la Sentencia de 1 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Burgos, en la que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial a que acabamos de referirnos, se reproducían íntegramente algunos de los argumentos expresados: «Aún cuando, ni en el escrito de calificación provisional, ni en las alegaciones iniciales del proceso, se ha planteado por la defensa la posible aplicación de una excusa absolutoria por regularización posterior de las declaraciones tributarias, y por inclusión en la declaración de 1997 de algunas de las cantidades respecto de las

cuales se debió de haber tributado en los ejercicios objeto de litigio, debe de recordarse, precisamente para clarificar la irrelevancia de esa declaración posterior en la tipificación penal de los hechos enjuiciados, que la Jurisprudencia (SSTS 2.ª 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003) ha declarado: (Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación; a ello equivale la presentación de la declaración complementaria cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración). Por lo tanto, según esta línea jurisprudencial, regularizar supone pagar, sin que baste la presentación de declaración complementaria. Por las mismas razones se estima ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que la reparación parcial del perjuicio pueda producir efectos en la determinación de la pena.»

No tributar en el momento debido y pretender hacerlo en momentos muy posteriores y alejados en ocho años, no solo no supone el pago exigido por la Jurisprudencia indicada, sino que determina una actuación mas allá de una mera ordenación tributaria y acorde con una actuación de ajuste y estrategia fiscal a la conveniencia del acusado.

CONCLUSIONES

Primera. No existe en la legislación extrapenal de referencia una definición legal del término regularización, siendo una expresión que –tanto en la normativa tributaria y de la Seguridad Social como en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal–, se utiliza conforme a su significación semántica. Por consiguiente, su exégesis en las excusas absolutorias objeto de estudio, debe partir de su definición según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, su naturaleza y configuración jurídico-penales en tanto que excusas absolutorias y su inclusión dogmática entre las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, fuertemente vinculadas con la teoría de la reparación.

Segunda. En caso de deudas contributivas derivadas de cuotas tributarias o de la Seguridad Social presuntamente defraudadas en cuantía superior a los 120.000 euros, resultan de aplicación los artículos 180 de la LGT, 3.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto y 5 del Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, correspondiendo a la jurisdicción penal la decisión acerca de la concurrencia, en su caso, de los requisitos penalmente exigibles para la apreciación de las excusas absolutorias previstas en los párrafos 4 y 3 de los artículos 305 y 307 respectivamente.

Tercera. En las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la

autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales.

Cuarta. En el caso de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social en los que la conducta defraudatoria consista en la solicitud de una devolución indebida, la simple autodenuncia –efectuada con carácter previo a materializarse la devolución– constituye el reverso de la conducta delictiva, siendo aplicable la excusa absoluta siempre que concurren los demás requisitos previstos en los párrafos 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal.

Quinta. La autodenuncia, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absoluta si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el artículo 21.4.ª del Código Penal.

Sexta. El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda –tributaria o de la Seguridad Social– no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del artículo 21.5.ª del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2009, SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN DE LAS SECCIONES DE MENORES

1. ÁMBITO FUNCIONAL DE LAS SECCIONES DE MENORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN

Las Secciones de Menores tienen un ámbito de actuación acotado legalmente en materia de responsabilidad penal de menores. Por contra, la asunción de competencias en materia de protección de menores no tiene una expresa cobertura legal, aunque tal configuración es perfectamente factible partiendo de las facultades organizativas atribuidas al Ministerio Fiscal.

La integración de las funciones de protección dentro del ámbito de actuación de las Secciones de Menores ha ido asumiéndose progresivamente: así, la Instruc-