

“Dualidad de procedimientos, una respuesta pública ineficiente”

Ponente: D. Claro José Fernández Carnicero (Letrado de las Cortes, Inspector de Hacienda del Estado)

Muchas gracias señores, buenas tardes.

Después de la exposición que han hecho los autores del informe, además de su contención, en el sentido de la buena administración del tiempo, realmente yo me siento obligado a, -si queremos tener una cierta continuidad- a no hacer lo que tenía pensado, sino a hacer algo que de alguna manera desde mi modestia se integre con lo que quienes con mayor autoridad van a decir.

Simplemente en la felicitación a los autores quiero referirme no solo a la calidad del análisis sino a la oportunidad de las propuestas que hacen en lo que tienen de afirmación y también en lo que las propuestas tienen de interrogantes, por decirlo de alguna manera. A mí eso me parece extraordinariamente útil y desde luego felicito a la Fundación porque creo que éste trabajo es un trabajo de análisis del previsible impacto de la Ley Orgánica del 27 de Diciembre del 12. Sería de agradecer si pudiéramos contar con algo parecido en las leyes que tiene una cierta trascendencia, y desde luego ésta la tiene. Este servicio a la comunidad jurídica por tanto merece un reconocimiento, y merece un reconocimiento porque pararse a pensar en algo tan relevante y tan trepidante como es la realidad tributaria es un tiempo aprovechado.

Sintetizando lo que va a ser mi análisis, va a pivotar fundamentalmente sobre problemas de técnica tributaria y también sobre problemas o principios, principio por singularizar, principio constitucional de seguridad tributaria, ... lo mío va a ser lo más corto, pero un tiempo aprovechado, un tiempo útil gracias al informe que hoy presentamos.

Desde el punto de vista de la técnica, el último informe del consejo fiscal, el informe de enero de 2013, dice algo que aunque no añada mucho a nuestra reflexión si es importante tenerlo en cuenta porque creo que es valiosa y oportuna la llamada de atención. Cita a alguien tan importante como D. Vícto Cobián en la historia del Ministerio Público cuando en la memoria de la fiscalía general del Estado en 1920, decía que “toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza sino cuando perdura, y por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente pierden a la par que el respeto que se las deben su fuerza y su autoridad”, no voy a ir más allá de la evidencia si digo que desde luego que desde hace años vivimos sujetos a una trepidante, repito el adjetivo: trepidante descodificación del Derecho, lo dijo Natalino Irti, cuando analiza la descodificación genéricamente del derecho y concretamente del derecho civil, pero se puede aplicar a todas las ramas. Ahora, cosa distinta a la descodificación que hay que asumir con realismo, es la subordinación de la norma a la circunstancia o coyuntura social, no digamos económica, por definición inestables.

Si en la anterior reforma del Código Penal el consejo fiscal, que - en fechas próximas al informe del Consejo General del Poder Judicial, junio de 2012- reconocía cuando analizaba

el artículo 305 apartado 5 del Código que el objetivo era fundamentalmente incrementar la eficacia en el cobro de la deuda tributaria, en el último informe del consejo fiscal se nos dice claramente, se está pensando en el artículo 308, que la amenaza de ejecución de la pena se convierte en un elemento más de la recaudación de las cantidades defraudadas, y se acentúa la impresión de que a la Administración le importa mucho más el cobro de lo defraudado, incluyendo cantidades que conforman la deuda tributaria, que el castigo efectivo del penado.

Hay una clara exacerbación del principio de auto-tutela, creo que sobre esto no quedan muchas dudas, una clara exacerbación, desde el punto de vista constitucional que con toda modestia, yo pretendo asumir, entiendo que el principio de auto-tutela de alguna manera se tiene que integrar en el principio de tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos del artículo 24, y no confrontarse uno y otro. Yo sé que el esquema que hasta ahora se ha seguido, y entro ya directamente para ir al grano en el tema que se me ha encargado de la dualidad de procedimientos, el esquema que se ha seguido, responde fundamentalmente a un principio de eficacia.

El principio de eficacia, yo creo que también se tiene que modular, yo he hablado en el título de mi intervención de mi ponencia, de ineficiencia. Como saben son dos conceptos distintos que, bueno, han sido analizados por la doctrina cuando se plantea la definición del principio de eficiencia en el artículo 31 de la Constitución de la ley. Bueno, por todos, porque tenía la doctrina bastante desglosada y detallada, el profesor Cazorla Prieto en el comentario que hizo en su momento a éste artículo, al artículo 31.2 de la Constitución, se plantea, en primer lugar, definir la naturaleza de éstos conceptos que son fundamentalmente conceptos económicos, "la eficacia-dice él- muestra la relación entre los objetivos a conseguir y el logro efectivo de los mismos; la eficiencia por el contrario apunta a la relación entre los resultados obtenidos y los medios utilizados", por tanto, a mi juicio, y este es un poco el hilo conductor de lo que yo quisiera transmitir ésta tarde," la eficiencia apunta a mejorar siempre la racionalidad administrativa", y aunque esto parezca que es un análisis muy genérico, apunta fundamentalmente a integrar los instrumentos y por tanto a integrar los procedimientos; consciente, por supuesto, de que la realidad no se puede cambiar con voluntarismos ni con teorías, pero apunta a integrar los instrumentos, y de la mano de la eficiencia, entramos nada menos, que en el campo de la seguridad jurídica, que yo creo que cuando la respuesta de los poderes públicos es eficiente, la seguridad jurídica tiene que estar necesariamente, e insisto, no quiero hacer afirmaciones voluntaristas, tiene que estar voluntariamente garantizada.

Por tanto entiendo, con el análisis a mi juicio más lúcido que desde la Administración Tributaria he podido contrastar, y quiero, lo he hecho antes en privado, pero quiero felicitar a la Dra. Espejo, compañera también de la Inspección, con la que he tenido el gusto de encontrarme ésta tarde aunque nos conocíamos ya, quiero felicitarle porque realmente su análisis es un análisis desde la realidad que asume con absoluta naturalidad el paralelismo, la doble verdad...llamémosle como queramos de los procedimientos, y lo asume desde la realidad. No me quiero privar tampoco de reconocer el magisterio del profesor Palao Taboada que fue profesor mío en tiempos en la Universidad y que me ha

permitido, como yo creo que a cualquiera que lea el prólogo al libro de Isabel Espejo, me ha permitido ordenar los conceptos en torno a ésta realidad.

Fundamentalmente es lúcido en lo que tiene de reconocimiento pragmático de que la tipología penal en este caso viene precedida ineludiblemente por la definición y por la aplicación del Derecho Tributario. Por tanto, en una toma de posición desde la realidad, yo creo que es ineludible el reconocer las carencias; es decir, estamos en un momento en el que los riesgos para el principio de seguridad jurídica pues son evidentes y bueno, yo desde mi relación con la magistratura, más de un magistrado, diría que la mayoría me han reconocido que el riesgo es que la prejudicialidad administrativa acabe condicionando el principio de prejudicialidad penal, y que de alguna manera la actuación en Derecho Tributario se asuma, no diría yo pasivamente, pero se asuma como trabajo hecho por parte de la magistratura cuando le toca intervenir.

Por tanto no hay ninguna duda de que estamos ante problemas prácticos de muy difícil solución, la falta de una especialización, por parte de la magistratura, y el tener que acudir a la línea pericial y, me parece absolutamente asumible, lo que se ha dicho por los autores efectivamente, ésta debe actuar sobre los hechos y no sobre aplicación de la norma, ¿dónde queda el principio de "iura novit curia"? Pues claro, realmente estamos en una situación que requiere, desde el punto de vista intelectual, si se me permite, de una cierta ambición, ambición no quiere decir nunca en el mundo del Derecho, levantar los pies del suelo, o perder conciencia de la realidad; y voy a entrar directamente en lo que me gustaría que fuera no tirar una piedra en el estanque y esconder la mano, sino hacer- con conciencia de la modestia del que lo hace-, hacer una propuesta que realmente pueda ser, como horizonte, pueda ser una propuesta útil.

En el tiempo en el que he estado en el Consejo fundamentalmente, lo voy a decir, con algún vocal más, concretamente con Ramón Camp, también jurista, hemos tratado de impulsar, por supuesto con el protagonismo de la magistratura y tratando de servir, hemos tratado de impulsar un par de jornadas sobre lo que podríamos denominar Derecho Tributario y Poder Judicial y la conciencia de la evidencia de la falta de especialización, evidencia de que de alguna manera el juez, no digo que esté perdido porque sería una exageración, pero el juez siente la necesidad de tener autonomía frente a la presión de esa prejudicialidad administrativa y también frente a la intervención de peritos que le dan un informe que interpreta de alguna manera la norma. Pues bien lo que se ha venido elaborando- por lo menos en mi modesta interpretación de esa experiencia- lo que se ha venido de alguna manera elaborando como horizonte necesario, y por supuesto con toda la prudencia, es decir, asumiendo que esto no puede ser de hoy para mañana, que hacen falta períodos transitorios, es la necesidad de pensar en un nuevo orden jurisdiccional económico-tributario, un nuevo orden jurisdiccional que supere lo que podríamos denominar la articulación de los órdenes jurisdiccionales, la articulación tradicional en torno a las disciplinas, que responda a la realidad, a la realidad económico tributaria en la que se ligan de manera promiscua, lo han dicho los autores antes, yo diría también de manera interdisciplinar, tanto materias que hoy están en la jurisdicción contencioso-administrativa como materias estrictamente penales, y que eso vaya definiendo ahorrando una especialización que lleve al poder judicial - sin caer nunca en lo que el

magistrado del Tribunal Supremo y gran amigo Antonio del Moral llama los mitos procesales,- primero a superar lo que podríamos llamar residuos de jurisdicción retenida, la jurisdicción de los llamados tribunales económico-administrativos..., la intervención de la Administración Tributaria, sin pensar que eso va a ser una solución inmediata. Que constitucionalmente tengamos un horizonte que acabara no solo conformando un orden jurisdiccional, sino también las materias que son de aplicación para ese orden jurisdiccional, dando una respuesta mucho más integrada, y vuelvo al principio de eficiencia, mucho más integrada como respuesta a la realidad.

Yo creo que hay que asumir con realismo lo que tenemos, pero hay que pensar que integrar es bueno, que el principio de eficiencia está dando la mano al principio de seguridad jurídica y que ese nuevo orden jurisdiccional aunque lo veamos a medio y largo plazo; yo pienso que puede ser una respuesta integrada y útil y sobre todo puede dar satisfacción a un Poder Judicial que con toda razón reclama la integridad de su función. A mí eso me parece útil, sobre todo desde la perspectiva de los ciudadanos, desde la perspectiva del reforzamiento de la tutela, porque insisto en la exacerbación de la auto-tutela, ¡ojo!, aquí lo que hay que proteger fundamentalmente son los derechos de los ciudadanos, no el fuero de la Administración Tributaria, son los derechos de los ciudadanos, y para eso, sin dar privilegios, -como se dice en algún momento muy razonablemente en el libro de Isabel Espejo-, sin dar privilegios a delincuentes evidentes, sin darles ninguna ventaja, pues yo creo que, insisto, en una apelación, con toda molestia, a la ambición intelectual, nos tenemos que plantear de alguna manera una superación de la dualidad y de la divergencia en la actuación en esta materia de Administración y Tribunales.