

04 MAY 2021

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2018

Núm. 49 (Enero-Marzo)

Editorial

1. La «colonización» del Derecho Penal por parte de la Administración en la «nueva Edad Media» (FERMÍN MORALES PRATS)

Editorial

1 La «colonización» del Derecho Penal por parte de la Administración en la «nueva Edad Media»

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático Derecho Penal Universidad Autónoma de Barcelona. Abogado

ISSN 1575-4022

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 49
Enero - Marzo 2018

En los últimos años, la crisis económica ha motivado la exasperación de la intervención del Derecho penal y de las sanciones penales regida en gran medida por el afán recaudatorio de la Administración. Este proceso se constata con nitidez en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

En las reformas de los últimos años se verifican expresiones de desconfianza del legislador hacia jueces y magistrados e, incluso, hacia los miembros del Ministerio Fiscal. Estos operadores de élite de la justicia son vistos con desconfianza, como un engorroso obstáculo para la materialización de los fines recaudatorios que persigue la Administración. Probablemente, esta tendencia legislativa tiene su motor originario en los *lobbies* que ostentan influencia en el proceso legislativo, en este caso los *lobbies* de la Inspección del Ministerio de Hacienda y de la Seguridad Social.

Pero, no solo los jueces y fiscales son un engorroso obstáculo. El enemigo principal de la función recaudatoria sin límites son las garantías del proceso penal. Esto explica los continuos recortes al principio *ne bis in idem*, en su faceta procesal, en ámbitos de configuración legal como el propio de los delitos contra la Hacienda Pública y los Delitos contra la Seguridad Social.

Esta puesta en cuestionamiento de la referida faceta del principio de legalidad, consagrada constitucionalmente por el Tribunal Constitucional, se empezó a constatar en la Reforma de 2010 y se ha consolidado en las Reformas del Código Penal de 2012 y de 2015. Se trata de lo que se ha venido a denominar «la colonización del Derecho Penal por parte de la Administración»¹⁾.

La Reforma de 2010 incorporó en el [artículo 305](#) (medida legislativa consolidada después por la Reforma de 2012) nuevas facultades de la Administración Tributaria en la ejecución de las penas de multa y de la responsabilidad civil *ex delicto* en el contexto de los delitos tributarios. En este

sentido, se dispone que los jueces y tribunales recaben el auxilio de la Administración Tributaria, al objeto de que tales actos de ejecución sean exigibles por el procedimiento de apremio, conforme dispone la [Ley General Tributaria](#). Además, el legislador penal de 2010 dictaminó que, por medio de esta vía, es posible ingresar el importe de las deudas tributarias que la Administración no hubiera podido liquidar por prescripción u otra causa legal. Se pone así en los dominios de disposición de la Administración las previsiones del [Código Penal](#). En manos de la misma quedan las facultades de liquidación de conceptos tributarios que no se hubieran podido liquidar conforme a la normativa tributaria. De nuevo, el Derecho Penal como *prima ratio* jurídica.

Esta directriz legislativa se conjuga con otra, enderezada a hacer más ágiles y contundentes las ejecuciones de sentencias penales relativas a las penas de multa y de responsabilidad tributaria *ex delicto*, por cuanto tal fase ejecutiva quedará en manos de la Administración Tributaria mediante el procedimiento de apremio. Como puede comprobarse, criterios de pura efectividad recaudatoria ajenos a la dogmática penal y procesal penal son los que presiden la Reforma. Las facultades judiciales son traspasadas a la Administración.

Junto a lo anterior, la Reforma del Código Penal de 2012 comenzó a introducir la quiebra del principio de prejudicialidad penal y de sus consecuencias garantistas en punto a la paralización de los procedimientos administrativos relativos a expedientes tributarios remitidos a la jurisdicción penal. Así, el [artículo 305](#) CP otorgó a la Administración Tributaria facultades para liquidar, de forma separada, conceptos y cuantías que no se encontrasen vinculados con el posible delito de defraudación tributaria; las referidas facultades también se extienden para aquellos conceptos y cuantías ahora sí vinculados a la comisión del referido delito. Las facultades administrativas se extienden también para posibilitar la continuación de los procedimientos administrativos encaminados al cobro de la deuda tributaria pese a la apertura y pendencia de un proceso penal.

El Preámbulo de la Reforma de 2012 expresa claramente los designios: «se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración; la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro, pero podrá paralizarla el juez, siempre que el pago de la deuda se garantice o que el juez considere que se podrán producir daños de imposible o difícil reparación».

Como puede comprobarse, tal declaración expresa el ataque a la línea de flotación no solo del *ne bins in idem* en su faceta procesal sino también al derecho a la presunción de inocencia, garantías reconocidas en los [artículos 25.1](#) y [24.2](#), respectivamente, de la Constitución de 1978. Tales previsiones legislativas posibilitan, además, pronunciamientos contradictorios sobre los mismos hechos. Pero, la posible conducción al absurdo es algo que al legislador de la nueva «Edad Media»²⁾ no le preocupa. En todo caso tan solo se prevé el remedio de acudir al juez de instrucción para que utilice facultades excepcionales en orden a reponer la prejudicialidad penal, para los casos en que la ejecución anticipada por parte de la Administración se apreciase que pudiere ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. Es decir que la tutela judicial respecto de la hacienda del individuo es un mecanismo que solo debe pulsarse de manera excepcional. Estas nuevas facultades exorbitantes de la Administración se sitúan en lo que hemos denominado «zonas grises» de la nueva Edad Media, ahora sancionadas legislativamente. De ahí que las facultades judiciales en orden a preservar el efecto natural de la prejudicialidad del proceso penal solamente podrán aparecer cuando se hayan afianzado cautelarmente las pretensiones resarcitorias, expresadas en el planteamiento acusatorio por parte de la Administración. En caso contrario, sólo cabe el recurso a las facultades judiciales de control antes referidas que han pasado a ser excepcionales.

La presunción de inocencia no cotiza al alza, como hemos indicado, pero además, debe indicarse que en la Reforma del CP 2012 se verifica el desprecio a los estándares de prueba, más altos, que el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo en la jurisdicción penal. Al legislador le ha sido indiferente, ha preferido propiciar la prosecución de las facultades administrativas sancionadoras, en desprecio de la prueba de superior rango que se pueda practicar y asentar en un procedimiento penal. De ahí que la Administración conserve facultades de liquidación de conceptos y cuantías

vinculados a un pretendido posible delito fiscal, cuya comisión se está investigando en el seno de un proceso penal; y, al final, una coletilla legal que constituye una suerte de sarcasmo, pues se añade «sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal». No tiene sentido que la Administración pueda liquidar de manera anticipada, si, finalmente, deberá someterse la cuestión al relato de hechos probados y al fundamento jurídico de las decisiones judiciales en el orden penal. Lo que ocurre es que el proceso penal y sus garantías son un engorroso obstáculo para las funciones recaudatorias de la Administración, y en la investida a esas garantías deben ser revisadas, para su aminoración, las facultades de control judicial.

En los delitos contra la Seguridad Social, la Reforma de 2012 operó en el mismo sentido, sancionando facultades de la Administración equivalentes a las previstas para los delitos contra la Hacienda Pública.

Este proceso de administratización del Derecho penal ha continuado en la Reforma de 2015 del Código Penal. En este caso, el legislador ha optado por introducir una normativa absolutamente simbólica en punto a los condicionantes de la suspensión condicional de las penas de prisión en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Se trata de previsiones tautológicas respecto de las previsiones generales que ya establece el Libro I. Al legislador de la «nueva Edad Media» le importa poco la coherencia sistemática de los textos legales. Este fenómeno alcanza una expresión máxima en la normativa relativa a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. De nuevo en la reforma de 2015 parece que el legislador expresa una profunda desconfianza hacia la Administración de Justicia.

En otros ámbitos, va germinando la idea de limitar las consecuencias del principio de legalidad en su expresión de *ne bis in idem* procesal. Es lo que acontece con el delito de dopaje en la actividad deportiva ([artículo 362 quinquies](#) CP). Aquí la Reforma de Código Penal de 2015 no tiene un efecto directo. La cercenación del principio *ne bis in idem* se produce por vía indirecta. Así la [LO 3/2013](#), de Protección de la Salud del deportista y Lucha contra el Dopaje en la actividad deportiva sanciona el recorte a la prejudicialidad penal. En este caso, la prosecución de las facultades administrativas en el expediente sancionador tiene como coartada que el destinatario de las sanciones administrativas posibles es el deportista, en tanto que el destinatario de las posibles responsabilidades penales por dopaje queda delimitado en el entorno del deportista. Esta asimetría de sujetos activos de las infracciones en el orden administrativo y penal, respectivamente, ha servido para que el legislador excepcione la prejudicialidad penal de modo que, el proceso penal y el expediente administrativo sancionador puedan correr paralelamente. Es más, se establece la previsión de facultades administrativas para poder exigir al juez instructor que ponga al servicio de la instrucción administrativa el acervo probatorio instructorio provisional del proceso penal. De nuevo este modelo legal no solo quebranta el principio *ne bis in idem*, sino también la presunción de inocencia, así como el obligado sometimiento de la actividad investigadora de la Administración al relato de hechos que llegue a quedar establecido en la sentencia penal, conforme a estándares de prueba de exigencia más elevada. De nuevo, de manera prodigiosa, el legislador en el [artículo 33.5](#) de la Ley Orgánica 3/2013 establece que en todo caso los hechos probados en la sentencia penal vinculan a la Administración, incluso «si ya se hubiese dictado anteriormente una resolución administrativa firme». Esto es, si hubiera recaído una sentencia judicial, en el orden penal, que no coincida con lo dictaminado en la resolución administrativa, dará lugar a revocaciones o revisiones de estas últimas, por ejemplo, ante sentencias absolutorias. Poco importa que en el camino se haya arruinado la carrera del deportista y su prestigio. La limitación de la perjudicialidad penal puede provocar perjuicios económicos, deportivos y reputacionales al deportista, que puede ser objeto de condenas administrativas por dopaje precipitadas que, finalmente, se sitúen en contradicción con las resoluciones judiciales dictadas en el ámbito de la jurisdicción penal.

1

BAÑERES SANTOS, F., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y de fraude de subvenciones», en *Comentario a la Reforma penal de 2015*, (Dir. Quintero Olivares), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 616.

2

Sobre el actual contexto histórico del Derecho Penal que denomino «nueva Edad Media», vid. MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva «Edad Media»*, Ed. Real Academia de Doctores, Barcelona 2015, en especial pp. 13 y ss y pp. 71 y ss (puede consultarse también versión de la monografía en formato digital pdf raed.academy)