



diario

LA LLEY

Año XXXV • Número 8331 • Jueves, 12 de junio de 2014

www.diariolaley.es

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



Doctrina
La sustracción de menores
6



Jurisprudencia
Régimen jurídico de la prueba pericial judicial
15

sumario

- **Tribuna**
La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal
Víctor MORENO CATENA 1
- **Doctrina**
La sustracción de menores
María Lourdes SOTO RODRÍGUEZ 6
- **Jurisprudencia**
Régimen jurídico de la prueba pericial judicial **15**
«Caso Can Domenge»: el TS confirma la comisión de prevaricación, fraude a la Administración y revelación de información por altos cargos del Consell Insular de Mallorca **15**

TRIBUNA

LA LEY 3837/2014

La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal

Víctor MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal

Director del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación

Universidad Carlos III de Madrid

La reforma de la Ley General Tributaria de finales de 2012 ha introducido una modificación relevante en el modo de entender los procesos penales por delitos contra la Hacienda Pública. La norma fiscal atribuye a la Administración Tributaria facultades de investigación y potestades cautelares durante la sustanciación del procedimiento penal, por más que deba notificar al Juzgado estas medidas para su convalidación. La decisión legislativa contradice el principio básico de nuestro sistema penal, según el cual el juez de instrucción es el responsable de la investigación de los delitos y de las medidas que se adopten desde el momento en que incoa el procedimiento. Pero lo más grave es que, además, subvierte el principio constitucional que reconoce a los Juzgados y Tribunales la exclusividad de la potestad jurisdiccional, que comprende no sólo la declaración y la ejecución, sino también la potestad cautelar. De ahí que deban afirmarse muy serias dudas acerca de la constitucionalidad de estas medidas.

I. LA REFORMA DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA POR LA LEY 7/2012

El art. 81.8 LGT, que ha sido redactado por la reforma introducida en esta disposición tributaria por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, autoriza a la Administración Tributaria para acordar por ella misma medidas cautelares durante la sustanciación

de un procedimiento penal por presunto delito contra la Hacienda Pública. Dispone el precepto lo siguiente:

«... 8. Cuando con motivo de un procedimiento de comprobación e investigación inspectora se haya formalizado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública o se haya dirigido proceso judicial por dicho delito, podrán adoptarse, por el órgano competente de la Administración tributaria, las medidas cautelares reguladas en este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena.



Tribunal Supremo
la sentencia del día
El ruido ocasionado por el sobrevuelo de las aeronaves no vulnera el derecho a la integridad física
Ponente: Murillo de la Cueva, Pablo Lucas **17**

Si la investigación del presunto delito no tuviese origen en un procedimiento de comprobación e investigación inspectora, las medidas cautelares podrán adoptarse por el órgano competente de la Administración tributaria con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias de investigación desarrolladas por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias penales.

En los supuestos a que se refieren los párrafos anteriores, las medidas cautelares podrán dirigirse contra cualquiera de los sujetos identificados en la denuncia o querrela como posibles responsables, directos o subsidiarios, del pago de las cuantías a las que se refiere el art. 126 del Código Penal.

Adoptada, en su caso, la medida cautelar por el órgano competente de la Administración tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento.»

Por su parte, la disp. adic. 19 del mismo texto legal, introducida por la propia Ley 7/2012, atribuye a la Agencia Tributaria competencia para realizar investigaciones patrimoniales durante la tramitación de los procesos penales, disponiendo a ese respecto que:

«En los procesos por delito contra la Hacienda Pública, y sin perjuicio de las facultades que corresponden a las unidades de la Policía Judicial, los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria mantendrán la competencia para investigar, bajo la supervisión de la autoridad judicial, el patrimonio que pueda resultar afecto al pago de las cuantías pecuniarias asociadas al delito.

A tales efectos, podrán ejercer las facultades previstas en los arts. 93, 94 y 162 de esta Ley, realizar informes sobre la situación patrimonial de las personas relacionadas con el delito y adoptar las

medidas cautelares previstas en el apartado 8 del art. 81 de la misma.

De tales actuaciones, sus incidencias y resultados se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas adoptadas.

Las actuaciones desarrolladas se someterán a lo previsto en la presente Ley y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de la posibilidad de que el juez decida la realización de otras actuaciones al amparo de lo previsto en el art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (1).

Así pues, la actual redacción de la Ley General Tributaria encomienda a la Administración Tributaria funciones de investigación del patrimonio de las personas relacionadas con el delito y además le autoriza para adoptar medidas cautelares, todo ello en tanto se está sustanciando un proceso penal, es decir, cuando la previa actuación de la Administración Tributaria ha pasado al Juzgado de Instrucción y se han incoado unas diligencias previas.

La prerrogativa de seguir investigando y de adoptar medidas cautelares ante la apertura de unas diligencias previas son facultades que se han conferido a la Agencia Tributaria por la citada Ley 7/2012, de 29 de octubre, si bien ya con anterioridad a la reforma se preveía la posibilidad de retener devoluciones tributarias a los que hubiesen sido objeto de denuncia o querrela por delito contra la Hacienda pública o contra los que se dirija un procedimiento judicial por dichos delitos (no así a los posibles responsables civiles subsidiarios). Con este cambio legal se desplaza hacia un órgano administrativo, aunque en principio sea de forma provisional, la competencia que hasta la modificación legislativa se atribuía en exclusiva a los jueces y tribunales.

Así pues, a partir de la reforma de 2012 con estas facultades de la Administración Tributaria se produce una quiebra, en primer término,

del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, previstos en el art. 24.1 CE, y del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, que comprende el respeto y la salvaguarda de las garantías procesales por parte del juez, entre las que se encuentra la exclusividad de la potestad jurisdiccional; y, en segundo término, del derecho a la presunción de inocencia que ampara a la persona afectada por las actuaciones penales.

II. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ARTÍCULO 24.1 CE) POR ATRIBUIR COMPETENCIAS DE INVESTIGACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La primera tacha de inconstitucionalidad que hay que hacer a este régimen jurídico salta a la vista: la Agencia Tributaria es **acusación particular y actor civil en el procedimiento penal** y, sin embargo, manteniendo esa posición procesal parcial, como una parte más en el procedimiento, se le confiere la prerrogativa de investigar a la parte contraria, incluso acordando medidas cautelares para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse del delito.

La investigación de los delitos en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se ha incoado un procedimiento penal, está encomendada a los jueces de instrucción, que son quienes forman los sumarios (art. 306 LECrim.). Esas facultades de investigación de delitos, que con anterioridad a ese momento han podido (y debido) ejercer funcionarios administrativos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como consecuencia de una denuncia, u otros funcionarios que en el ejercicio de sus funciones conozcan la comisión de una conducta presuntamente delictiva para depurar inicialmente los hechos antes de presentar la correspondiente denuncia o querrela a la autoridad judicial, ceden absolutamente ante la aparición en escena del instructor, porque en el momento en que se incoa el procedimiento penal es a éste a quien legalmente le corresponde dirigir la investigación.

Por lo tanto, debe hacerse un inmediato reproche al texto legal de la disp. adic. 19, porque no es cierto que los funcionarios de policía judicial, ni ningún otro, investiguen «bajo la supervisión de la autoridad judicial». De acuerdo con lo que la Ley dispone, el instructor no es un simple supervisor de una actividad ajena; el juez de instrucción es el *dominus* de la investigación, y no se limita a controlar, sino que debe ordenar las concretas diligencias que habrán de ejecutarse; su responsabilidad no es la de un vigilante o fiscalizador de la actuación ajena, sino la del director a quien están subordinados los funcionarios de la policía judicial, y con el que han de colaborar el resto de las Administraciones Públicas.



Por otra parte, no es cierto que a las Unidades de Policía Judicial les correspondan facultades de investigación, como parece dar a entender esta disp. adic. 19, como si retuvieran una competencia propia. Las Unidades de Policía Judicial están a las órdenes del instructor desde el preciso momento en que se incoa el proceso penal, y carecen de toda competencia para adoptar iniciativas investigadoras al margen de la autoridad judicial.

Es verdad que en los últimos tiempos estamos asistiendo a una frecuente asunción de todas las labores de investigación de los delitos por parte de determinadas unidades policiales, que no se limitan a la mera ejecución de las diligencias que ordena el instructor; esto se produce en ocasiones por el afán expansivo de estas unidades y en otros casos por la dejación de sus funciones de algunos instructores, que ceden gustosamente el espacio de la investigación a la policía, aunque eso no les exime de la responsabilidad legal de dirigirla.

Pues bien, si de acuerdo con el sistema de la LECrim. el instructor no supervisa, sino que dirige la investigación de los delitos, y la policía judicial debe actuar a las órdenes del juez, tal cosa debe entenderse con mucha mayor razón por parte de otros funcionarios y, en lo que aquí se trata, por parte de la Administración Tributaria.

Porque, a diferencia de la posición procesal de la policía judicial, que actuará normalmente en la condición de tercero respecto de los hechos, la Administración Tributaria es parte acusadora en el proceso; es quien generalmente habrá formado el expediente que desemboca en una denuncia al MF por entender (ella misma y como consecuencia de su propia actuación) que se ha cometido un delito contra la Hacienda Pública y, además, se persona en el procedimiento penal representada por el Abogado del Estado. Así pues, la Administración Tributaria carece por completo de todo atisbo de «ajenidad» y, por ello, de imparcialidad en la investigación del presunto delito por el que se ha abierto el procedimiento penal.

Nuestro sistema procesal penal exige hoy que sea un juez quien investigue, o quien dirija la investigación, y asuma la responsabilidad por ello, debiendo investigar los delitos un sujeto imparcial que es, además, independiente. Pero es obvio que la garantía de la imparcialidad forma parte del contenido esencial del derecho a un proceso equitativo, en términos del Convenio europeo de derechos humanos, de forma que cuando en otros ordenamientos jurídicos la investigación de los delitos se le ha atribuido al MF (en los últimos textos articulados de nueva LECrim. que hemos conocido en España se adopta esta misma solución) desde luego se le exige la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Pues bien, la Administración Tributaria no puede considerarse en absoluto un tercero imparcial en la investigación de los delitos, sino de una parte directamente concernida por el éxito de la persecución penal que ella misma ha iniciado y que está manteniendo.

Al perderse la garantía de la imparcialidad en la investigación de estos delitos con las competencias que se conceden a la Administración Tributaria se ponen en cuestión las garantías básicas del proceso y el propio modelo procesal de nuestro país, pues la Ley General Tributaria le usurpa al juez instructor sus atribuciones como director de la investigación, al dejarlo relegado al papel de mero controlador o supervisor de lo que hagan los funcionarios y autoridades de la Administración Tributaria.

III. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN (ARTÍCULO 24.1 CE) Y A UN PROCESO PÚBLICO CON TODAS LAS GARANTÍAS (ARTÍCULO 24.2 CE) POR ATRIBUIR A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA LA POTESTAD DE ORDENAR MEDIDAS CAUTELARES QUE CORRESPONDE EN EXCLUSIVA A LOS JUECES (ARTÍCULO 117.3 CE)

La potestad de ordenar medidas cautelares que la Ley General Tributaria atribuye a la Administración Tributaria orilla el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del denunciado, que ve gravado su patrimonio por una actuación unilateral de la parte acusadora, que toma una decisión que debe corresponder exclusivamente al juez instructor como juez de las garantías, y permite a una parte procesal suplantar el papel y la función que el texto constitucional encomienda a los juzgados y tribunales: el ejercicio de la potestad jurisdiccional en forma exclusiva y excluyente.

La mecánica legalmente prevista es más que evidente: la Administración Tributaria, durante la tramitación del proceso penal, tiene atribuida la competencia para ordenar medidas cautelares de oficio, de modo que cuando el Abogado del Estado se dirige al Juzgado de Instrucción no viene a plantearle al juez que adopte una medida cautelar, sino pura y simplemente la **confirmación de una medida cautelar ya ordenada por una Dependencia de la Agencia Tributaria**, por más que se invoque el art. 764 LECrim.

Pues bien, la potestad jurisdiccional no comprende solamente la potestad de declaración, de decir el derecho, sino que se extiende también a la potestad ejecutiva y a la potestad cautelar. Esto significa que la exclusividad de la jurisdicción supone **no sólo que el juez tenga la potestad de decir la última palabra, sino**

también que la primera palabra sólo puede ser suya cuando se trata del contenido propio de la potestad jurisdiccional.

Es el órgano rector y director de la investigación penal, en nuestro ordenamiento jurídico el juez de instrucción, el único que puede determinar qué diligencias se practican, y el único que debe ponderar y evaluar el resultado de cada una de esas diligencias para decidir si se ha de continuar la causa contra todos o algunos de los denunciados, o si por el contrario procede el archivo.

Al propio tiempo, como contenido esencial de la potestad jurisdiccional, será el juez de instrucción quien en exclusiva habrá de decidir si se han de adoptar medidas cautelares contra la persona o el patrimonio del denunciado.

En el marco de la instrucción, el MF, las acusaciones, los actores civiles, los imputados y cualquiera que ostente un interés legítimo se constituyen en partes del proceso penal, y en tal condición pueden solicitar y oponerse a la solicitud de otros, recurrir las decisiones judiciales, proponer diligencias, etc. Pero a ninguna de las partes les corresponde la facultad de **decidir ni de enjuiciar**.

Con la actual redacción del art. 81.8 LGT, la **Administración Tributaria se convierte en juez y parte en el proceso penal**. El resultado final de esta autorización normativa es que una parte procesal, que ni siquiera puede ser considerada imparcial, como sí ocurre con el MF, asume la potestad de ordenar medidas cautelares, que comprometen bienes jurídicos que sólo pueden ser afectados en el ejercicio de la jurisdicción, y de esa potestad la Administración Tributaria constitucionalmente carece a todas luces.

Es cierto que en los procedimientos administrativos seguidos por la Administración Tributaria se autorizaba para adoptar medidas con la finalidad de asegurar el cobro de las deudas tributarias que según prognosis de la propia Administración razonablemente pudieran resultar impagadas. La reforma legislativa de 2012, no obstante, extiende dichas facultades a los **casos en que no hay liquidación tributaria, ni siquiera provisional**, sino que por el contrario lo que existe es una querrela o incluso una mera **denuncia** (que sólo tiene valor como puesta en conocimiento de una supuesta y aun no investigada *notitia criminis*).

La nueva redacción de la ley viene a considerar, en el fondo y en contra del régimen constitucional, que el **procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública es un mero apéndice del procedimiento de inspección tributaria**, y atribuye a la Agencia Tributaria unas facultades de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que no se reconocen siquiera al MF en el proceso.

Sin embargo, en modo alguno puede entenderse que la apertura de un proceso penal es una mera continuación del previo expediente administrativo que termina vinculándolo. Con este modo de concebir los procesos penales que tengan como antecedente un proceso administrativo sancionador se desvirtúa el sentido y finalidad de la justicia penal, y se coloca a la jurisdicción penal en una posición de subordinación de las decisiones administrativas, que es incompatible con la concepción constitucional y, por tanto, procedería la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 81.8 LGT.

Es cierto que el legislador prevé que tales medidas deben someterse a la confirmación del juez instructor, pero incluso esta previsión legal se realiza sin las mínimas garantías para el denunciado, porque se soslayan incluso las garantías establecidas en el procedimiento penal para la adopción de medidas cautelares, provocando indefensión.

La actual redacción, por más que después la disp. adic. 19 prevea que ha de comunicarse la medida adoptada al Juzgado para que éste la confirme, crea un escenario de indefensión para el denunciado, fundamentalmente por dos razones que se complementan:

a) Porque no reconoce ninguna posibilidad de recurso en vía administrativa ni en vía económico-administrativa contra la adopción de las medidas cautelares, provocando la indefensión más absoluta frente a la decisión administrativa. El último párrafo del art. 81.8 LGT es contundente en este sentido:

«Adoptada, en su caso, la medida cautelar por el órgano competente de la Administración tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento.»

Se crea así una suerte de acto administrativo de naturaleza singular, pues resulta ser una resolución inatacable en la vía administrativa que además no cuenta con trámite alguno de audiencia. Contra el acuerdo ordenando una medida cautelar no cabe recurso y cualquier alegación o incidencia que se pudiera plantear queda a la espera de que la cuestión se suscite en el procedimiento penal.

b) Porque no establece ningún plazo determinado máximo para la comunicación al órgano judicial competente.

Tal y como se ha reproducido, el art. 81.8 LGT no establece plazo alguno para realizar la notificación al interesado, al MF y al órgano judicial competente.

Es verdad que la disp. adic. 19 establece que «de tales actuaciones, sus incidencias y resultados se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas adoptadas».

Sin embargo, al no disponer un plazo concreto para la comunicación al Juzgado, aludiendo solamente a la «inmediatez», de facto se deja al arbitrio de la Dependencia de la Agencia Tributaria de turno la interpretación y aplicación de ese momento y se habilita, en la ley y en la práctica, un período inconcreto de tiempo durante el que se grava al denunciado con unas medidas cautelares contra su patrimonio, sin posibilidad alguna de defensa o impugnación para la parte. Además, no se prevé efecto alguno sobre la medida adoptada por la demora en su comunicación a los sujetos denunciados.

Es más, la Ley General Tributaria no sólo confiere a la Administración Tributaria competencias que son propias del órgano judicial, subvirtiendo las previsiones constitucionales, sino que le concede potestades que la ley procesal le niega al propio juez penal.

En efecto, la LECrim. establece ciertas restricciones cuando regula la responsabilidad civil de terceros y, de acuerdo con el art. 615, para acordar el embargo de los bienes del presunto responsable el juez ha de esperar a la solicitud de la parte civil, del perjudicado, sin que de oficio pueda ordenar medidas de aseguramiento con el tercero responsable. Por el contrario, la Ley General Tributaria permite a la Administración que, de oficio, acuerde el embargo, despojándole además tanto del derecho a presentar la garantía que se le solicite en la forma que considere más adecuada (aval, fianza, etc.), como la posibilidad de impugnar esta resolución por medio del recurso apelación.

En definitiva, se subvierten las funciones de las partes en el proceso penal; se expropia a los órganos judiciales del ejercicio de una parte esencial de la potestad jurisdiccional y se vulnera el principio de exclusividad en sentido negativo: nadie puede ejercer la potestad jurisdiccional más que los juzgados y tribunales, y la potestad cautelar forma parte indisoluble de la jurisdicción; se atribuye un privilegio en el proceso penal a la Administración Tributaria que no aparece reconocido constitucionalmente.

Todo ello a través de un procedimiento sui generis que no respeta las garantías de los denunciados, que han de regir en el procedimiento penal y en cualquier procedimiento administrativo, vulnerándose adicionalmente el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías.

IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ARTÍCULO 24.2 CE) POR ATRIBUIR A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA FACULTAD DE ORDENAR MEDIDAS CAUTELARES

La redacción actual del art. 81.8 LGT supone también una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del sujeto sobre el que se impone la medida cautelar.

En el procedimiento penal la presunción de inocencia no se desvanece sino hasta la sentencia de condena, en donde la presunción de inocencia opera como regla de juicio. Pero durante la sustanciación del procedimiento penal, la presunción de inocencia debe operar como regla de tratamiento, es decir, el imputado debe ser tratado como inocente en todo momento, de modo que también cuando se ordenen medidas cautelares se ha de partir del respeto a esa presunción constitucional, que constituye la piedra angular del sistema penal.

Eso obviamente no impide que se puedan ordenar medidas cautelares, pero sí exige que la adopción de estas intromisiones en la esfera de los derechos individuales de un inocente sólo puedan responder a exigencias procesales, es decir, que concurren los presupuestos de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro por el retardo (*periculum in mora*); de no ser así, estaríamos sin duda ante medidas que atentarían contra el derecho a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia impide, por tanto, que se puedan adoptar medidas cautelares penales de manera automática, sin ponderar las razones ni justificarlas.

Pues bien, según dispone el art. 81.8 LGT, en caso de que haya existido un procedimiento previo de inspección o comprobación, **bastaría con que se hubiera formalizado denuncia o querrela para adoptar la medida cautelar**; es decir, que se puede proceder al embargo cautelar de los bienes de un contribuyente denunciado aun sin que el juez instructor haya decidido admitir el escrito y sin que haya hecho un mínimo análisis provisional de si concurren indicios racionales de criminalidad o de la posible participación en los hechos del contribuyente.

El órgano de la Administración Tributaria opera con base en una **conclusión apriorística sobre la culpabilidad del sujeto que ella misma ha denunciado**, de modo que es la propia Administración la que formula la imputación y valora la culpabilidad, haciendo así tabla rasa de la presunción de inocencia.

Desde luego que la ley no puede amparar la adopción de medidas cautelares por el mero hecho de la presentación de una denuncia o una querrela, pues eso desplazaría las funciones instructoras de un órgano independiente e imparcial, como el Juzgado de Instrucción, a un

órgano dependiente y que es una parte interesada en el procedimiento, como la Administración Tributaria.

Las medidas cautelares contra el patrimonio de un denunciado son medidas gravosas que requieren una apariencia de buen derecho y un peligro de mora.

La apreciación de la existencia de un *fumus bonis iuris* es, en definitiva, un juicio provisional en el que han de apreciarse indicios suficientes de la existencia de unos hechos denunciados y de su relevancia penal, así como de la implicación de una determinada persona en los hechos. Es evidente que las medidas cautelares sólo se pueden justificar en el horizonte de una sentencia penal condenatoria; con ellas se trata de garantizar que se culmine el procedimiento y en todo caso parten de que se vaya a declarar culpable a esa persona, pues si se considerase que el contenido de la sentencia iba a ser de absolución sin duda sería improcedente adoptar las medidas cautelares, como improcedente sería continuar el proceso penal.

La expresión que utiliza la ley procesal española para expresar el presupuesto del *fumus boni iuris* en el sistema de medidas cautelares penales es la de «indicios racionales de criminalidad», lo que apunta en una doble dirección.

En primer lugar, se ha de tratar de indicios, es decir, de afirmaciones basadas en datos y circunstancias de hecho que obren en las actuaciones y que representen más que una mera posibilidad y menos que una certeza, menos que la verdad que se declara en la sentencia, y que supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito, como se dijo en el ATC de 16 de mayo de 1984.

Por lo tanto, los indicios suponen un juicio de atribución delictiva a partir de los datos del propio procedimiento, que sea conforme con las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia; eso quiere decir que las simples sospechas, las hipótesis o las conjeturas, que pudieron justificar el inicio de las investigaciones penales, deben ceder en el momento en que se decretan medidas cautelares a las certidumbres, provisionales si se quiere, pero certidumbres al fin y al cabo del órgano público que puede adoptarlas.

Estas «razonables sospechas» operan, en criterio del TEDH como condición necesaria para adoptar y mantener la medida [sentencias de 10 de noviembre de 1969 (caso *Stögmüller*); de 28 de marzo de 1990 (caso *B. contra Austria*); de 26 de junio de 1991 (caso *Letellier*); de 27 de noviembre de 1991 (caso *Kemmache*); de 12 de diciembre de 1991 (caso *Toth*); de 12 de diciembre de 1991 (caso *Clooth*); de 27 de agosto de 1992 (caso *Tomasi*) y de 26 de enero de 1993 (caso *W. contra Suiza*)].

En segundo lugar, se ha de tratar de indicios «racionales», lo que supone la prohibición de unos indicios que fueran arbitrarios o caprichosos, como se decía en el ATC de 2 de junio de 1982 y, sobre todo, la norma está invocando la necesidad de expresarlos, de fundamentar fáctica y jurídicamente la resolución en que se adopten las medidas cautelares, pues esa justificación permitirá controlar la solidez y seriedad de los indicios, huyendo de impresiones subjetivas de quien acuerde las medidas.

Para justificar la adopción de medidas cautelares deben concurrir indicios racionales de criminalidad, lo que exige concluir en una doble imputación: objetiva, de que se ha cometido un hecho delictivo, y subjetiva, de que la persona contra quien se adopta la medida aparece como responsable del mismo. En este sentido, deben valorarse como indicios racionales de criminalidad todos los que aparezcan en la causa, es decir, tanto los que den por sentada la realidad de un hecho como los indicios de signo contrario.

Por lo tanto, en el proceso penal el *fumus boni iuris* está representado por una *imputación motivada y verosímil*, es decir, por la atribución de responsabilidad penal por unos *concretos hechos* delictivos contra una *concreta persona*, de modo que se pueda sostener, aunque sólo sea con carácter indiciario pues no ha recaído sentencia firme, que se han producido unos hechos delictivos (elemento objetivo) y que la persona contra quien la medida se decreta es responsable de los mismos (elemento subjetivo), sea ésta responsabilidad penal, o se trate exclusivamente de responsabilidad civil exigible en el proceso penal.

Junto a la imputación de unos hechos delictivos a una persona concreta, el segundo de los presupuestos para acordar medidas cautelares es la necesidad de conjurar el riesgo derivado de la demora en obtener una resolución condenatoria firme, que pudiera provocar la ineficacia de todas las actuaciones procesales. A través del *periculum in mora* se establecen precisamente los fines que pueden cumplir las medidas cautelares, y representa la medida de su propia constitucionalidad, de modo que si los fines que se persiguen no se adecuan a las previsiones constitucionales, la medida cautelar resultará ilegítima.

Ese *periculum in mora* se concreta en aquellos actos o situaciones que revelan la seria posibilidad bien de que se dificulte el propio desarrollo del proceso, bien de que se impida la ejecución de la sentencia condenatoria.

Si bien se mira, la adopción por la Administración de unas medidas cautelares patrimoniales, convalidables por el juez instructor, sólo pueden responder al riesgo de que en definitiva la sentencia condenatoria que se dicte

no se pueda cumplir, y exactamente porque *los bienes patrimoniales* del responsable penal hubieran desaparecido, lo que exige una ponderación precisa sobre la situación patrimonial de todos los sujetos implicados en el proceso y, muy especialmente, la persona contra quien se ordena la medida.

Por lo tanto, si no existe el peligro de que el desarrollo del proceso o el cumplimiento de la sentencia puedan padecer por la demora en la resolución, faltaría el segundo de los presupuestos para ordenar la medida cautelar y ésta no podría considerarse legítima por más que exista unos serios y vehementes indicios racionales de criminalidad.

En todo caso, tales juicios son ajenos a las potestades administrativas, y muy especialmente el cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares, para echar por tierra la garantía constitucional de la presunción de inocencia que los juzgados y tribunales están llamados a proteger de acuerdo con lo que dispone el art. 22.4 CE.

La adopción de una medida cautelar, su adecuación a los fines constitucionales y su proporcionalidad, implican un juicio provisional de la conducta del imputado y de los hechos investigados que corresponden constitucionalmente al juez instructor. Son decisiones (como otras medidas cautelares más gravosas aún, como la prisión provisional) que dependen del grado de convicción del juzgador sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad, así como de la participación de la persona contra quien se ordena la medida.

La previsión legal de que la Administración Tributaria pueda adoptar medidas cautelares de forma apriorística, como parte e interesada en las actuaciones vulnera el derecho a la presunción de inocencia del denunciado, porque opera como una suerte de conminación de la Administración al juez instructor para que refrende con carácter automático una decisión ya tomada y normalmente con base en un formulario estándar. ■

NOTAS

(1) La invocación en este último párrafo al juez y al art. 989 LECrim. resulta un tanto extraña por dos razones: en primer lugar, porque es un precepto sobre ejecución de sentencias y, en lo que se refiere a la actuación de la Administración Tributaria, solo se hace referencia a la investigación patrimonial del condenado a la responsabilidad civil, algo ajeno a las medidas cautelares a que se refiere el párrafo anterior de esta disposición adicional; en segundo lugar, porque parece desconocer que desde la reforma de la LECrim. por la Ley 13/2009, la referencia legal no debe ser en ese caso al juez sino al secretario judicial, que es quien tiene atribuida la competencia para ordenar las actuaciones de investigación patrimonial en la ejecución.