

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**“LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN
LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**YANIRA ELIZABETH DIAZ MEJIA
LEISY GUADALUPE MARIONA RAMÍREZ
RODOLFO ANTONIO ZOMETA GUTIÉRREZ**

**LIC. SAMUEL MERINO GONZÁLEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2009.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ING. RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ
RECTOR

ARQ. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

LIC. OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ
SECRETARÍA GENERAL

DR. RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

LICDA. BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LIC. SAMUEL MERINO GONZÁLEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme permitido culminar esta carrera, ya que es él; quien nos permite llegar a la meta que nos proponemos.

A mi familia por su apoyo y comprensión, a lo largo de mi carrera. Por las veces que me animaron; a no darme por vencida y seguir adelante.

A mis compañeros de tesis Leisy Mariona y Rodolfo Zometa, por darme la oportunidad de trabajar con ellos y por brindarme apoyo en los momentos que necesite.

Al Licenciado Samuel Merino González, por su asesoría en el proceso de graduación y la ayuda que nos brindo para la elaboración del trabajo de graduación.

Yanira Díaz.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, por ser mi guía espiritual, por trazarme el camino por el cual debo guiarme en la vida, derramándome bendiciones y permitiéndome concluir mi carrera de estudio.

A mis padres, Manuel Mariona Y Milagro de Mariona, por ser el pilar fundamental en mi formación como persona, por sus principios y valores inculcados, su apoyo incondicional que me brindaron en todo momento; a mi hermano Roberto, por su colaboración y apoyo; siendo una ayuda idónea en los momentos en que lo necesitaba, por ser mi mejor amigo y por la confianza me me brinda en todo momento.

A mi hijo, Manuel, por su paciencia y comprensión durante mis años de estudio, sabes tú le das sentido a mi vida. ¡Eres todo en mi vida!

A mi compañero de tesis y de estudio Rodolfo Zometa, por su paciencia, esfuerzo, con quien compartí desde principio a fin la carrera, por su amistad, solidaridad, ánimos, momentos agradables, así como difíciles los cuales siempre superamos juntos.

Al Lic. Samuel Merino González, por brindarme la oportunidad de recurrir a su asesoría, su capacidad y experiencias previas; para lograr la realización de este trabajo de graduación.

Con cariño,

Leisy Mariona.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios todopoderoso, por ser mi guía espiritual, por trazarme el camino por el cual debo guiarme en la vida, derramándome bendiciones y sabiduría, permitiéndome concluir mi carrera de estudio.

A mi madre Ana María Zometa, por ser el pilar fundamental en mi formación como persona, por sus principios y valores inculcados, su apoyo incondicional que me brindo en todo momento.

A mis hijos, Jose y Rodrigo, por su paciencia y comprensión durante mis años de estudio.

A mi esposa Xochilt Erazo, por haberme apoyado moralmente y económicamente durante los años de estudio, además por darme ánimos cuando sentía que ya no podía seguir estudiando.

A mi compañera de tesis y de estudio Leisy Mariona, por su apoyo incondicional, esfuerzo, con quien compartí desde principio a fin la carrera, por su amistad, solidaridad, ánimos, momentos agradables, así como difíciles los cuales siempre superamos juntos.

Al Lic. Samuel Merino González, por brindarme la oportunidad de recurrir a su asesoría, su capacidad y experiencias previas; para lograr la realización de este trabajo de graduación.

Rodolfo Zometa.

ÍNDICE:

PÁGINA

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I LA OBLIGACION TRIBUTARIA	
1.1 DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	1
1.2 DISTINCIONES DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	3
1.3 FUENTES DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	4
1.4 ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.....	5
1.5 SUJETO ACTIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	6
1.5.1 Sujeto Activo.....	6
1.5.2 Organismos Especiales	9
1.5.3 Organismos Supra nacionales.....	9
1.6 SUJETO PASIVO	10
1.6.1. Sujeto Pasivo	10
1.6.2 Capacidad Jurídica Tributaria	11
1.6.3 CATEGORÍAS DE SUJETOS PASIVOS.....	12
1.7 OBJETO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	12
1.7.1 El objeto del Impuesto y el Objeto de la Obligación	13
1.7.2 Prestación.....	15
1.7.3. Impuesto Periódico e Instantáneo	16
1.8 CAUSA DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA	17
1.8.1 Causa y Obligación Tributaria	18
1.8.1.2 La Causa como Presupuesto del Hecho, como Fuente entre el Presupuesto del Hecho y la Ley	20
1.8.1.3 Fines de la Actividad Pública.....	22
1.9 DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.....	22
1.9.1. Determinación de la Base Imponible	24
1.9.1.2. Determinación Directa	24
1.9.1.3 Determinación Objetiva	25
1.9.2 CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA DETERMINACIÓN	26
1.9.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA DETERMINACIÓN	28
1.9.3.1 Efectos Declarativos.....	29

1.9.3.2 Efectos Constitutivo.....	32
CAPITULO II LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	
2.1 DEFINICIONES DE PRESUNCIÓN.....	34
2.2 CLASES DE PRESUNCIÓN.....	36
2.2.1 Presunción Legal o de Derecho.....	36
2.2.2 Presunciones Simples, del Hombre o Judiciales.....	39
2.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	39
2.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS CONSTITUCIONALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SALVADOR.....	42
2.5 ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	47
2.5.1. Escuela Clásica.....	47
2.5.2. Escuela Contemporánea del Derecho Penal.....	50
2.6 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	50
2.6.1. Definiciones.....	52
2.7 NATURALEZA JURÍDICA.....	56
2.8 CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	57
2.9 CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	59
2.10 IMPORTANCIA POLÍTICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	64
2.11 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	70
2.12 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN RELACIÓN CON LA GARANTIA DE AUDIENCIA.....	76
2.13 JURISPRUDENCIA.....	79
CAPITULO III MEDIDAS CAUTELARES	
3.1 ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	86
3.1.1 Denominaciones.....	90
3.2. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	91
3.3 NATURALEZA JURIDICA.....	95

3.4 FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	97
3.5 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	98
3.6 OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	99
3.7 ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	100
3.8 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDA	101
3.8.1 Instrumentalidad	103
3.8.2 Provisionalidad.....	105
3.8.3 Temporalidad	105
3.8.4. Variabilidad	105
3.8.5. Autonomía	105
3.8.6 Flexibilidad	106
3.8.7. Brevedad Procedimental	107
3.8.8 Delimitación	108
3.8.9. Jurisdiccionalidad	110
3.9 PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	111
3.9.1. Situación Jurídica Cautelable.....	111
3.9.2 Apariencia de Buen Derecho	111
3.9.3 Peligro en la Demora	113
3.9.4 Prestación de Fianza por el Solicitante	115
3.10 CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	117
3.11 EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	119
3.11.1. Efectos de Aseguramiento	119
3.11.2. Efectos de Conservación pero no de Simple Aseguramiento	120
3.11.3 Efectos Innovativos y Anticipativos de la Satisfacción de la Pretensión	120
3.12. PARTES	121
3.12.1. Instancia de parte.....	121
3.12.2. Capacidad.....	121
3.12.3. Legitimación Activa y Pasiva	121
3.12.4 Terceros.....	122
3.12. 5 Procedimiento	123

**CAPITULO IV LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL
PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS**

4.1 Vulneración..... 128

4.2 La violación de la presunción de inocencia en la aplicación
de las medidas cautelares que establece el código
tributario vigente 129

4.3 Inobservancia de las características de las medidas cautelares
en la legislación tributaria salvadoreña 141

CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES 145

5.2 RECOMENDACIONES..... 146

BIBLIOGRAFÍA 147

INTRODUCCIÓN

La presente tesis, es un trabajo de investigación realizado para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, se desarrolla el tema de “LA EFICACIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS”.

En la medida en que fue realizada la investigación, se trazo como objetivo principal el de desarrollar sobre la aplicación de medidas cautelares tributarias y su incidencia en el principio de presunción de inocencia dentro del proceso tributario. Por parte de la administración Tributaria, dando como resultado una mala interpretación de la norma tributaria por parte de los aplicadores debido a los vacíos legales existentes en el actual Código Tributario.

Además, como un objetivo específico se presentan las medidas cautelares de carácter general y cuales de estas son aplicables en el procedimiento tributario salvadoreño; de acuerdo a regulación del Código Tributario.

Otro de los objetivos planteados fue realizar un análisis de la vulneración del principio de inocencia en las medidas cautelares tributarias; determinando que no existe en la ley especial una regulación que establezca el procedimiento de la aplicación de dicha medidas, los plazos para su aplicación y en que caso puede o no ser aplicadas.

Se desarrollan cuatro capítulos, de los cuales se pueden mencionar:

El capítulo I, la Obligación Tributaria, es este capítulo se han desarrollado conceptos relacionados con la obligación tributaria; haciendo énfasis en la determinación de la obligación tributaria, que es el medio que la administración tributaria a través del cual hace efectiva su acreencia para con el contribuyente. Ya que la obligación tributaria debe partir del hecho

imponible; con el cual surge su nacimiento, en cual debe ser entendido como la existencia de un crédito a favor del Fisco.

La obligación tributaria, es el deber de cumplir la prestación, constituye la parte fundamental de la relación jurídico-tributaria y el fin último al cual tiende la institución del tributo.

La obligación tributaria, que es de derecho público, es la relación entre el acreedor y el deudor tributario, establecido por la ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente

El capítulo II, La Presunción de Inocencia en este capítulo se dan definiciones de presunción; así como las clases entre estas tenemos: las legales o de Derecho y llamadas simples, del hombre o Judiciales; el desarrollo histórico de la Presunción de Inocencia, así como también los antecedentes constitucionales que garantizan la presunción de inocencia; algunos aspectos doctrinarios sobre la presunción de inocencia entre ellos podemos mencionar a: la Escuela Clásica y la Escuela Contemporánea del derecho penal; seguidamente se desarrollan una diversidad de conceptos sobre la Presunción de Inocencia, basados en la posturas doctrinarias de los autores, su naturaleza jurídica, la cual, se basa en la importancia que ésta tiene dentro de un debido proceso; sus características tales como supremas o constitucionales, unilaterales publicas y oponibles al estado, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, permanentes, imprescindibles, absolutas, universales o generales y las inviolables; la importancia Política de la presunción de inocencia, en donde el Estado como organización jurídico de la sociedad, protege los intereses de forma colectiva como individual; La presunción de inocencia y la carga de la prueba, que esta a cargo del acusador y no del acusado; relación de la presunción de inocencia con la garantía de audiencia, jurisprudencia que es la opinión de las salas en tres sentencias sobre un hecho análogo.

Capítulo III, las Medidas Cautelares, que contiene antecedentes históricos y evolución de las medidas cautelares; sus denominaciones; conceptos; su naturaleza jurídica; el objetivo; elementos de las medidas cautelares, sus características entre cuales podemos mencionar: son instrumentalidad, provisionalidad, urgente, flexibles, variabilidad, temporalidad, brevedad procedimental y la jurisdiccionalidad; los presupuestos apariencia de buen derecho *fumus boni iuris*, el peligro en la demora, *periculum in mora*; los efectos de las medidas cautelares entre estos están el aseguramiento, conservación pero no de simple aseguramiento, efecto innovativo y anticipado de la satisfacción a la pretensión; las partes dentro de esta la instancia de parte, capacidad, legitimación activa y pasiva, terceros; el procedimiento.

Capítulo IV La Vulneración de la presunción de Inocencia en las medidas cautelares tributarias. En este capítulo se hace un análisis jurídico doctrinario acerca de la aplicación de las medidas cautelares reguladas en el código tributario vigente, iniciamos definiendo que se entiende vulnerar, seguimos con la violación de la presunción de inocencia en la medidas cautelares; y la inobservancia de las características de las medidas cautelares, al no estar presentes en los artículos del código Tributario que regula las misma.

Capítulo V Conclusiones y recomendaciones, se ha hecho una valoración de la vulneración al principio de presunción de inocencia en la aplicación de las medidas cautelares tributarias, Así mismo, hemos aportado recomendaciones hacia la Administración Tributaria, en cuanto a la falta de regulación de un procedimientos que establezca las garantías procesales mínimas para el contribuyente.

CAPITULO I

1. LA OBLIGACION TRIBUTARIA

En este capítulo vamos a desarrollar algunos conceptos relacionados con la Obligación Tributaria, para una mejor comprensión, haciendo énfasis sobre la Determinación de la Obligación Tributaria, sin la cual la Administración Tributaria no puede hacer efectiva su acreencia, toda vez que no es suficiente que se realice el hecho imponible y que nazca la obligación para que se entienda que existe un crédito a favor del fisco, puesto que necesariamente ésta debe ser determinada, sea por el sujeto activo o por el sujeto pasivo de la obligación, a fin de verificar la realización del hecho imponible y de individualizar la acreencia en favor del fisco.

1. 1 DEFINICIÓN DE OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Existen diferentes definiciones, en las que independientemente; se les conciba como el centro del derecho tributario o como un aspecto importante de él, es indudable que se debe constituir como, el objetivo principal de la actividad desarrollada por el Estado en el campo tributario. DINO JARACH sostiene que “el Derecho Tributario es una rama plenamente integrada que remite a una autonomía que trae como consecuencia una obligación que consiste en una conducta de dar, hacer, no hacer o tolerar”.¹

La obligación tributaria, es el deber de cumplir la prestación, constituye la parte fundamental de la relación jurídico-tributaria y el fin último al cual tiende la institución del tributo.²

¹ JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, Milán, 1969, Pág. 165.

² GIANNINI, A., *I Concetti fondamentali*, Editorial Pazzotti, Editorial Patozzi, Nápoles, 1958, Pág. 126.

Es por eso, que JUAN CARLOS LUQUE sostiene: “La obligación tributaria es el vínculo legal que constriñe la voluntad particular mandando entregar al Estado una suma de dinero”.³

Señala EMILIO MARGAIN MANAUTOU es, “el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado denominado sujeto activo, exige a un deudor denominado sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación pecuniaria excepcionalmente en especie”.

El Art. 16 del Código Tributario, la define como “el vínculo jurídico de derecho público, que establece El Estado en el ejercicio del poder de imponer, exigible coactivamente de quienes se encuentran sometidos a su soberanía, cuando respecto de ellos se verifica el hecho previsto por la ley y que le da origen”.

Por último el Doctor en Derecho LUÍS HUMBERTO DELGADILLO manifiesta que; “la denominación de la obligación fiscal es para toda conducta que el sujeto deba realizar cuando se coloca en el supuesto que establece la norma tributaria, independientemente de que dicha conducta sea de dar, hacer o no hacer”.⁴

Debemos tener presente que la Obligación es un vínculo de naturaleza jurídica, y la “prestación” es el contenido de la obligación, esto es, la conducta del deudor tributario. En este sentido, la conducta o prestación del deudor tributario es el “pagar la deuda tributaria”, la finalidad o el objeto de la obligación es que el deudor tributario pague la deuda tributaria, y si no lo hace, la Administración se encuentra facultada para exigirle coactivamente o forzosamente el cumplimiento de la misma.

³ LUQUE, Juan C., *Obligaciones Tributarias*, Buenos Aires, 1969.

⁴ SALDAÑA MAGALLANES, A., *Curso Elemental sobre Derecho Tributario*, 2007, Pág. 67

1.2 DISTINCIONES DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

La obligación tributaria presenta algunas características que la distinguen, especialmente, de las obligaciones del derecho civil, no tanto de las del derecho administrativo. Es el fin público lo que da a la obligación tributaria ciertos caracteres que permiten distinguirla de las otras.⁵

Las Principales Diferencias que se pueden establecer respecto de ambas obligaciones son:

1. La obligación tributaria es imperativa e impuesta por la potestad unilateralmente por el Estado sin que medie el consentimiento o voluntad de las partes como ocurre en materia civil.
2. La única fuente que da origen a la obligación tributaria es la ley. En cambio en materia civil existen cinco fuentes: el contrato, el cuasicontrato, el delito, cuasidelito y la ley.
3. La prestación en materia tributaria respecto de la obligación principal, es siempre de dar. En cambio, en materia civil la prestación puede ser de dar, hacer o no hacer.
4. La prestación de dar, en la obligación tributaria, sólo se cumple en dar una suma de dinero. En cambio, en materia civil será en dinero o en especie.
5. En materia tributaria sólo se aplican algunos modos de extinguir las obligaciones, como lo son el pago, la compensación, prescripción extintiva, en cambio en materia civil, existe una gran variedad de modos de extinguir la obligación que se encuentran establecidos en el artículo 1438 del Código Civil⁶.

⁵ LUQUE, Juan C., Op Cit. Pág. 235

⁶ “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por cumplida...” Código Civil.

1.3 FUENTES DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

Según un maestro del derecho, “la fuente de una obligación es el hecho que la produce”. Es frecuente expresar en derecho privado que las fuentes de las obligaciones son diversas, aunque algunos sostengan que son únicamente dos: el contrato y ley y otros sostienen que solo es aceptable la ley, ya que si el contrato tiene valor, es en virtud o por efecto de la misma ley.⁷

El profesor JOSÉ LUÍS ZAVALA en su obra “Manual de Derecho Tributario” ha manifestado que a diferencia de las otras obligaciones cuya fuente puede ser el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, la obligación tributaria sólo tiene como fuente a la ley. Es ella la única que puede dar origen a la obligación tributaria en virtud del principio de legalidad, por lo cual se excluye cualquier otra fuente de obligación tributaria.

De esta manera se determina que sólo pueden ser sujetos pasivos de la obligación tributaria aquellos sujetos que efectúen un hecho gravado por un tipo de impuesto y, más aún, que sólo los hechos gravados deben ser impuestos a través de una ley, descartando de tal manera las distintas fuentes de las obligaciones precedentemente indicadas, situación que sucede en el Derecho Civil. Es así, como en el área del Derecho Tributario se reducen las fuentes de las obligaciones a sólo una, que es la Ley y, es por ello que se establece la verdadera importancia de esta fuente de las obligaciones en materia del Derecho tributario.

Cabe señalar que el Código Civil, dispone lo siguiente: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”⁸. De la sólo

⁷ GIULIANI FONROUGE, C., *Derecho Financiero*, Edi. Desalma, 1970, Pág. 375.

⁸ Art. 1, *Código Civil*.

lectura del artículo recién citado, se debiera pensar de inmediato que dicha definición es completamente aplicable al Derecho Tributario. Pero dentro de las características de la Ley en el ámbito del Derecho Civil es abstracta y general, por cuanto va dirigida a la ciudadanía de manera amplia y no a sujetos determinados y específicos. Pero en el transcurso del estudio del Derecho Tributario, hemos manifestado que sólo una ley puede establecer los tributos que los sujetos pasivos deben pagar, pero es ésta misma norma la que debe indicar a quiénes va dirigida (sea por grupos o por sectores que efectúan actividades económicas determinadas), es decir, señalar concretamente quiénes son los contribuyentes que se encuentran en calidad de sujetos pasivos de la obligación tributaria.

El profesor RENÉ REYES PRADENAS ha señalado: “Conforme al principio de la legalidad de los tributos significa que ellos sólo pueden ser creados por ley, empero esto no significa que el legislador diga que se crea un tributo determinado, o sea no basta una descripción genérica, por el contrario el principio de legalidad exige además que en cada caso el tributo que se establezca quede perfectamente determinado que se describa acertadamente el hecho, acto, contrato o convención que en definitiva dará nacimiento a la obligación tributaria”⁹.

1.4 ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

En la obligación tributaria, que es un vínculo jurídico de carácter personal, encontramos fundamentalmente dos elementos característicos: el sujeto (sujeto activo o acreedor y sujeto pasivo o deudor) y el objeto. Una parte de la doctrina debido al esquema generalizado en el derecho privado, agrega un tercer elemento, la causa; pero como podremos

⁹MENÉNDEZ MORENO, A., *Derecho Financiero y Tributario: Normas Básicas*, 19ª Edición, Madrid, 2006, Pág. 122- 127.

apreciar mas adelante, esta circunstancia es ajena a la relación jurídica tributaria.

1. 5 SUJETO ACTIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

1.5.1 Sujeto Activo

Para GIULIANI FONROUGE la obligación tributaria es una consecuencia del ejercicio del poder tributario, que es inherente al poder de imperio, indudablemente el sujeto activo por excelencia es el Estado en sus diversas manifestaciones.

Sin embargo hay situaciones excepcionales, en que el Estado al crear ciertos organismos específicos los dota de recursos financieros y les concede la facultad de exigir directamente y en su beneficio las contribuciones respectivas... tales organismos carecen de potestad tributaria, pero son sujetos de las obligaciones de las cuales son titulares por autorización estatal, en virtud de ley, y que exigen compulsivamente de aquellas personas que están obligadas a su prestación.¹⁰

Coincidiendo con este autor, la exposición de motivos del Modelo de Código Tributario para América Latina sostiene que el “sujeto activo” es el ente que tiene derecho a la percepción del tributo, pues la relación jurídica que deriva del ejercicio del poder tributario se establece entre ese acreedor y el deudor fijado por la ley. La potestad o el poder de aplicar tributos pertenece indiscutiblemente al Estado en su rama legislativa, pero otros entes públicos pueden ser autorizados a recaudarlo y realizar todos los actos relativos a su administración.

Definen el Modelo Latinoamericano, el sujeto activo de la relación tributaria como el “ente acreedor del tributo”

¹⁰ GIULIANI FONROUGE, C., Op Cit., Pág. 378.

De igual manera, la Ley General Tributaria Municipal expresa que:” El sujeto activo de la obligación tributaria municipal es el Municipio acreedor de los tributos respectivos” (Art. 17).

Tanto el Modelo Latinoamericano, como la Ley General Tributaria Municipal coinciden en definir al sujeto activo como el ente acreedor de los tributos.

De acuerdo a algunos autores, entre ellos PÉREZ ROYO¹¹, el término acreedor debe ser empleado con cierta cautela, por las razones siguientes:

En primer lugar, la posición del acreedor tributario se diferencia netamente de la del normal acreedor en lo que se refiere a la disponibilidad del crédito y a la novación en el lado pasivo de la relación. En segundo lugar, hay que resaltar que, atendiendo al propio aspecto práctico de la relación entre la Administración y los sujetos deudores, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, esta relación se establecerá no con el ente público beneficiario de la prestación (que sería propiamente el acreedor), sino con otra Administración encargada de gestionar el tributo. Así sucede en algunos importantes tributos locales, es aspectos significativos de la gestión de los mismos.

Por último, debemos señalar que, como indica expresamente el propio Derecho positivo, lo que caracteriza la posición del sujeto pasivo del tributo es que su prestación se hace efectiva a través de un procedimiento administrativo. De manera que el concepto jurídico que, en realidad, es significativo a la hora de explicar la posición jurídica del sujeto activo y de su relación con los administrados es el concepto de competencia. Lo que interesa conocer, mas allá de cual sea el ente beneficiario de la prestación, es el órgano competente para recibir el pago, para practicar la liquidación, para exigir por vía coactiva el cumplimiento, etc.

¹¹ PÉREZ ROYO, A., *Derecho Tributario Municipal*, 1ª Edición, Bogota, 2004, Pág. 98.

Consecuentemente, expresan MARTIN QUERALT y LOZANO SERRANO, “es posible distinguir entre el ente público que establece el tributo, el ente titular del mismo, el ente destinatario de sus rendimientos y, finalmente el ente que desarrolla su gestión y recaudación, siendo solo este último el que cabe conceptuar como sujeto activo del tributo, en cuanto ocupante del lado o la posición activa en las distintas relaciones jurídicas y en los procedimientos que para su aplicación se despliegan”¹².

De allí resulta que el sujeto activo de la obligación tributaria es el ente público, el que la ley le confiere competencia para exigir o recaudar las correspondientes prestaciones de los sujetos pasivos tributarios.

Por tanto el sujeto activo es, en principio, el Estado, pero en su calidad de administrador patrimonial, ostentando en su nombre la titularidad del crédito tributario. Pero no solo la Administración hacendaría del Estado puede ser sujeto activo, sino también, todas aquellas instituciones Oficiales Autónomas, municipalidades y demás entes públicos competentes para gestionar y recaudar los tributos establecidos en la ley.

Por lo general, el sujeto activo de la potestad tributaria coincide con el sujeto activo de la obligación tributaria, sobre todo porque el cobro de los tributos es efectuado directamente por el Estado.

Para el Código Tributario: “sujeto activo de la obligación tributaria es el Estado, ente público acreedor del tributo”¹³. En el Código Tributario cuando se hace alusión a la expresión “Administración Tributaria” se deberá entender que se hace referencia al Ministerio de Hacienda, a

¹² FRYDMAN, Patric C., *La Obligación Tributaria frente a la Administración Pública*, 1ª edición, Editorial Universal, Buenos Aires, 2003, Pág. 68.

¹³ Art. 19. *Código Tributario*.

través de las Direcciones respectivas, responsables de la administración y recaudación de impuestos.¹⁴

1.5.2 Organismos Especiales

Hay situaciones excepcionales, en que el Estado al crear ciertos organismos específicos, los dota de recursos financieros y les concede la facultad de exigir directamente y en su beneficio las contribuciones respectivas. Es el caso de los entes paraestatales reguladores de la economía. Estos organismos carecen de potestad tributaria, pero son sujetos de las obligaciones de las cuales son titulares por autorización Estatal, en virtud de ley, y que exigen compulsivamente de aquellas personas que están obligadas a su prestación.

Esas contribuciones especiales que una parte de la doctrina denomina parafiscales, son de naturaleza tributaria, por lo cual sus titulares revisten el carácter de sujetos activos de obligaciones de derecho publico, que pertenecen a dicha categoría¹⁵.

1.5.3. Organismos Supra Nacionales.

Si del plano nacional pasamos al internacional, hallaremos unos organismos con facultades tributarias y que, además, son sujetos de obligaciones fiscales nacidas como consecuencias del ejercicio de tales poderes. Si bien es verdad que esas instituciones, por lo común obtienen sus principales recursos por los aportes de los estados miembros, algunos de tipos superior están dotados de personalidad jurídica amplia y tienen la facultad de contratar, empréstitos, aplicar impuestos, tasas y contribuciones especiales, de modo que pueden ser sujetos activos de la obligación correspondiente.

¹⁴ Art. 21, *Código Tributario*.

¹⁵ PÉREZ ROYO, A., Op. Cit., Pág. 103.

En esta categoría podemos mencionar, a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que ha establecido un impuesto progresivo a los sueldos de sus funcionarios¹⁶, cuyo producido disminuye equivalentemente las contribuciones exigidas a los estados no hay duda pues que la ONU es el sujeto activo de la obligación derivada del ejercicio de tal poder, cuyo sujeto pasivo son dichos funcionarios.

Al igual cabe hacer referencia a la comunidad Europea del Carbón y del Acero, que constituye una entidad Supra Nacional¹⁷, independiente del Estados Nacionales que la constituyen y con autonomía financiera esta entidad ha instituido una gravamen sobre la producción de Carbono y Acero, que es aplicado directamente por la entidad (sujeto activo) a las empresas productoras (sujetos pasivos) .

1.6 SUJETO PASIVO

1.6.1. Sujeto Pasivo

La correlación existente entre tributo y obligación tributaria en cuanto esta última es una consecuencia de aquel, dice a las claras que hay una vinculación entre el sujeto pasivo del tributo (o sea, la persona individual o colectiva al poder tributario del estado) y el sujeto pasivo de la obligación tributaria (esto es, la persona individual o colectiva que debe cumplir la prestación fijada por la ley); pero de esto no se deduce que, necesariamente, exista identidad entre ambos conceptos.

Por lo general, el sujeto del tributo (es decir, el contribuyente, según la terminología corriente), es el sujeto de la obligación, pero en ciertos casos particulares la ley fiscal atribuye a la condición de sujeto obligado a hacer efectiva la prestación, a personas distintas del contribuyente y que, por

¹⁶ Art. V, Sección 18, *Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas*.

¹⁷ Art. 57 y 63, *Carta de las Naciones Unidas*.

esa circunstancia, se suma a este o actúan paralelamente a el o también pueden sustituirlo íntegramente.¹⁸

Interesan aquí los sujetos pasivos de la obligación tributaria, que son definidos por el Modelo de Código Tributario para América Latina como “ la persona obligada de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable “ (Art. 22).

La Ley General Tributaria Municipal, por su parte, expresa que: El sujeto pasivo de la obligación tributaria municipal es la persona natural o jurídica que según la ley u ordenanza respectiva, esta obligada al cumplimiento de las prestaciones pecuniarias, sea como contribuyente o responsable. Se consideran también sujetos pasivos, las comunidades de bienes, sucesiones, fideicomisos, sociedades de hecho u otros entes colectivos o patrimonios, que aún cuando conforme a las normas tributarias municipales, se les atribuye la calidad de sujetos de derechos y obligaciones.

Sujeto pasivo de la obligación tributaria es la persona individual o colectiva a cuyo cargo pone la ley el cumplimiento de la prestación y que puede ser el deudor (contribuyente) o un tercero

Para CORTEZ DOMÍNGUEZ, “el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el realizador del hecho imponible”.¹⁹

1.6.2 Capacidad Jurídica Tributaria

La capacidad jurídica no tiene en el Derecho Tributario ninguna significación distinta de la que se le atribuye a este concepto en los otros ordenamientos jurídicos. La única variante es que se le califica en el ámbito tributario. De ello resulta que la capacidad jurídica tributaria es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas tributarias.

¹⁸ GIULANI FONROUGE, op cit Pág. 386.

¹⁹ CORTEZ DOMINGUEZ, M., *Ordenamiento Tributario Español*, Madrid, 1977.Pág. 278.

Las personas individuales y las personas colectivas con personalidad reconocida por el derecho privado son sujetos pasivos de las obligaciones tributarias, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias, puedan ser excluidas de ciertas relaciones obligacionales y, a la inversa, algunos entes desprovistos de personalidad por el derecho privado pueden ser sujetos de obligaciones tributarias. La realidad es que por la autonomía del derecho tributario, este es libre de aceptar o no dichos sujetos, pues toda vez que un sujeto, provisto o no de capacidad jurídica de derecho privado, realiza concretamente y en forma autónoma una de las circunstancias de hecho abstractamente presumidas por la ley tributaria, cumple los presupuestos necesarios y suficientes para asumir la capacidad de ser sujeto de relaciones jurídicas tributarias.²⁰

BLUMENSTEIN establece como principio general que “son sujetos impositivos quienes tienen capacidad jurídica según las normas de derecho privado o del derecho público, pero admite que la legislación tributaria puede atribuir la condición de sujeto a quienes no la tienen.”²¹

La capacidad de ser sujeto de obligaciones tributarias depende del derecho positivo de cada país, el cual especifica quienes y en qué medida disponen de ella.

1.6.3 Categorías de Sujetos Pasivos

El obligado al tributo es, por lo común, el deudor de la obligación, pero en ciertos casos el derecho financiero atribuye la responsabilidad por las obligaciones fiscales, a terceras personas extrañas a la relación tributaria, de ella nacen las siguientes categorías.

Existen dos tipos de categorías las cuales son de Deudor y Responsables.

²⁰ GIULIANI FONROUGE, Op. Cit., Pág. 389.

²¹ BLUMENSTEIN, E., *Sistema di Diritto delle Imposte*, Giuffrè, Milano, 1954, Pág. 42.

BLUMENSTEIN considera que el deudor del impuesto es, en primer término, el contribuyente, esto es, quien se halla sometido a la potestad tributaria, pero que puede ser reemplazado por un tercero (sustituto del impuesto) que asume, por disposición legal la condición de deudor originario.

Responsables designa a todas aquellas personas que por mandato de la ley están obligados al cumplimiento de la prestación tributaria sin ser deudores de la obligación.²²

Es por eso, que nuestra legislación establece como Sujeto Pasivo: “el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o en calidad de responsable”. Así mismo, son “los obligados respecto de los cuales se verifique un mismo hecho generador de la obligación tributaria, son responsables en forma solidaria del cumplimiento de dicha obligación. Cada deudor solidario lo será del total de la obligación tributaria”.²³

1.7 OBJETO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

1.7.1 El Objeto del Impuesto y el Objeto de la Obligación

Es el presupuesto de hecho que la ley establece como determinante del gravamen: la posesión de riqueza (capital o renta) realización de un acto, condición de mismas y cualquier otra situación jurídica o económica que el legislador elija como susceptible de generar tributo.

Objeto del impuesto es la fuente de riqueza (capital o renta) o presunción de riqueza (consumo) que se afecta mediante los tributos correspondientes. Dicho objeto representa la base económica sobre la cual ha de estimarse la capacidad contributiva del sujeto pasivo

²² INGROSSO, Gustavo, *Diritto Finanziario*, Ed. Jovene, Nápoles, 1954, Pág. 583.

²³ Art. 30-31, *Código Tributario*.

(contribuyente), como que es sobre el conjunto de riqueza poseída o consumida que se lleva a cabo dicha estimación.

El objeto del impuesto casi siempre está constituido por una riqueza (valor), sea en forma de capital, renta o consumo, a diferencia de la tasa, cuyo objeto es el servicio que presta el Estado al particular, y de la contribución especial de mejoras, en la cual el objeto es la propia obra, construida por el estado o que éste concedió a un tercero²⁴.

Con respecto al objeto del impuesto, que como decimos puede constituirlo el capital, la renta o el consumo, no siempre estas fuentes de imposición aparecen determinadas con precisión en las normas legales. Estas tienen una particular importancia para la liquidación y cobro del tributo. Muchos impuestos toman como objeto algunas de las formas como se exterioriza ese capital o esa renta; las formas de manifestación pueden estar constituidas por actos o por hechos jurídico, los que ponen de manifiesto la existencia de la riqueza.

En los impuestos directos, como son aquellos que se denominan de contribución territorial, el objeto de la imposición es el valor económico representado por el inmueble, aun cuando siempre se tome en cuenta, a los efectos de la determinar la base, la renta que presuntamente puede devengar. El objeto del impuesto o de los tributos en general es más bien una materia de la política económica tributaria, pero jurídicamente la ley sólo concretará en normas positivas la forma y tiempo como la riqueza quedará sujeta al gravamen.²⁵

²⁴BOLAÑOS BELTRÁN, H. y Otros, *La Presunción de Inocencia en el procedimiento de liquidación oficiosa*, Tesis presentada para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Pág. 18.

²⁵ LUQUE, Op Cit., Pág. 237-242.

El Objeto de la obligación tributaria corresponde a la prestación que debe cumplir el sujeto pasivo, esto es, el pago de una suma de dinero en la generalidad de los casos, o en la entrega de cosa en las situaciones especiales en que el tributo sea fijado en especie²⁶.

El objeto de la obligación tributaria siempre es por lo contrario una prestación pecuniaria; un acto que el deudor debe realizar en beneficio del Estado – fisco. La obligación tributaria es obligación de dar suma de dinero. Ese es su objeto.

El contribuyente, o en términos generales el sujeto pasivo, debe efectuar esa entrega al fisco, el cual por virtud del vínculo de derecho, ha adquirido contra el deudor (contribuyente) un crédito.

Desde el momento que la ley crea la obligación tributaria se estará en condiciones para determinar el monto del crédito a favor del fisco. La cosa objeto del tributo se considera afectado al pago de aquel crédito²⁷.

1.7.2 Prestación

Determina la base imponible y fijado el monto de la prestación que los sujetos pasivos individualizado deben cumplir, la obligación está en condiciones de ser exigible, puesto que ya existe una suma líquida. Este es el momento de la exigibilidad para el pago, y desde el queda el sujeto obligado a cumplir la prestación.

La prescripción del crédito fiscal corre desde que este es exigible y no desde el momento que la ley crea la obligación. Si por demora en la determinación del impuesto pudiera correr la prescripción, muchos tributos no podrían ser percibidos por el fisco inmediatamente del nacimiento, como que los procedimientos de estimación y determinación

²⁶ BOLAÑOS BELTRÁN, H. y Otros, Op. Cit., Pág. 19.

²⁷ MÉNDEZ MORENO, A., *Derecho Financiero y Tributario Español: Normas Básicas*, 19ª edición, Editorial Nóbél, Madrid, 2007, Pág. 126.

de la base imponible obligan a realizar tareas de valuación que resultan muchas veces complicadas. Por otra parte, y como ya se ha dicho, la obligación no puede ser exigible inmediatamente, falta para esto que exista una suma líquida, la que solo se obtiene cuando la Administración ha determinado la base imponible, liquidado el monto de la prestación e individualizado al sujeto pasivo.

1.7.3. Impuesto Periódico e Instantáneo

El objeto de la obligación puede consistir en una prestación única o en una prestación periódica, según que el presupuesto de hecho corresponda a una circunstancia aislada o a una situación de carácter permanente, que se prolonga en el tiempo.

En los impuesto periódicos (réditos, sustitutivo, inmobiliario, etc.) la obligación se repite y renueva automáticamente, hasta que cese o desaparezca la circunstancia que la motivara, pero debe tenerse en cuenta que no se trata de la misma obligación cuyo cumplimiento se reparte en el tiempo, sino de operaciones separadas, que renacen al reproducirse la situación de hecho (el presupuesto) que determina la imposición.

La situación gravada tiende a repetirse y no se puede concretar fácilmente cuando va a concluir la situación contemplada en el hecho imponible.²⁸

En los impuestos instantáneos, como los de transmisión de bienes a título oneroso y a título gratuito, impuesto al consumo, etc., la prestación es única, pues la obligación es una sola, y si el hecho imponible se reprodujere en el futuro, daría nacimiento a nuevas obligaciones independientes de la precedente. En realidad puede decirse que los tributos instantáneos, la situación que contempla su hecho imponible se

²⁸ MENÉNDEZ MORENO, A., Op Cit. , Pág. 195.

agotan o concluye en el momento de su realización. Es por eso, que se caracterizan por que su temporalidad es fácilmente determinable, tiene claramente un comienzo y un final.

1.8 CAUSA DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

El examen del desarrollo histórico de la teoría de la causa en materia tributaria, conduce a hallar su origen en la teología medieval, como un aspecto de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo. Aquella aparece en Santo Tomas de Aquino y en otros teólogos, con el distingo entre impuestos justos (con causa), que es pecado no satisfacer, e impuestos injustos (sin causa), que no deben pagarse por responder al proceder arbitrario del soberano. Con esta idea se elabora una doctrina que llega a establecer el distingo entre la causa finalis, vinculada con el bien común o interés público a que debe destinarse el tributo; causa efficiens, consistente en la potestad tributaria actuando dentro de sus limitaciones (soberanía); causa formalis, o sea, la relación proporcional entre el tributo y las posibilidades del individuo (adecuación a la capacidad contributiva); y causa materialis, que indica las personas y cosas susceptibles de imposición²⁹.

La doctrina del causalismo sufre un eclipse en la segunda mitad del siglo XVII, principalmente por influencia de la obra de ZIEGLER (1681), que inspirándose en las nuevas concepciones filosóficas, desvinculó el derecho de toda apreciación de índole moral e hizo reposar el poder de imposición en la orden del soberano³⁰.

Paulatinamente los jurisconsultos fueron abandonando la consideración del problema causal, finalmente, el concepto de causa reaparece a fines del siglo XIX en la escuela jurídica italiana, con ORESTE RENELLETTI,

²⁹ Ibidem, Pág. 203.

³⁰ TESO GAMELLA, P., *Fuentes Históricas del Derecho Tributario*, 1ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 43.

quien consideras que “el servicio, entendido en general, que presta el Estado a la sociedad, es la causa primera y mediata del impuesto; y como no es posible determinar su importancia de aquel con respecto a cada contribuyente, ni la porción de gastos atribuibles, se ha tomado en cuenta la riqueza, de modo tal que la posesión o el consumo de ella constituye la causa última e inmediata³¹”.

En cuanto a la función e importancia de la causa, ciertos autores hacen de ella un elemento esencial para la validez jurídica de la obligación, en tanto que otros la conciben, únicamente, como medio o antecedente de interpretación.

1.8.1 Causa y Obligación Tributaria

La causa de la obligación tributaria es el motivo al cual se vincula el tributo, equivale al "hecho imponible" o "hecho generador". Momento específico en que surge o se configura la obligación. Se encuentran diversas opiniones a cerca de la causa de la obligación tributaria, pero es necesario que no exista confusión en dos cosas distintas: causa del tributo y causa de la obligación tributaria.³²

Según RENZO POMINI, “el examen del desarrollo histórico de la teoría de la causa en materia tributaria, conduce a hallar su origen en la teología medieval, siendo un aspecto de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo”. Aquélla aparece en Santo Tomás de Aquino, con el distingo entre impuesto justos (con causa), que es pecado no satisfacer, e impuestos injustos (sin causa), que no deben pagarse por responder al proceder arbitrario del soberano. Con lo que se elabora una doctrina que llega a establecer el distingo entre causa final, vinculada con el bien común o interés público q que debe destinarse el tributo; causa efficiens,

³¹ Ibidem, Pág. 51.

³² ULLOA CANTO, B., *Desarrollo Histórico de la Noción de Causa en el Impuesto*, Pág. 163

consiste en la potestad tributaria actuando dentro de sus limitaciones (soberanía); causa formalis, o sea, la relación proporcional entre el tributo y las posibilidades del individuo (adecuación a la capacidad contributiva); y causa materiales, que indica las personas y cosas susceptibles de imposición.³³

La doctrina del Causalismo adopta nuevas orientaciones, admitiendo la distinción entre impuestos justos e injustos; pero, a diferencia de los causalistas, considera que en cualquier supuesto la orden debe cumplirse; en una palabra: la justa causa ya no es elemento a considerar para la validez del tributo.

Finalmente, el concepto de causa reaparece a fines del siglo XIX en la escuela jurídica italiana, con RENZO RANELLETTI, quien considera que: “el servicio, entendido en general, que presta el Estado a la sociedad, es la causa primera y mediata del impuesto; tomando en cuenta la riqueza, de modo tal que la posesión o el consumo de ella constituye la causa última e inmediata”. Para GRIZIOTTI, su doctrina vincula la causa con las ventajas o beneficios derivados de los servicios estatales y con la capacidad contributiva.

La obligación tributaria existe con prescindencia de la causa y que ésta carece, de relevancia jurídica, ya que se vuelve necesario reunir los gastos los medios económicos para afrontar los gastos producidos para el cumplimiento de los servicios públicos indivisibles, constituye el motivo (prejurídico) de la imposición, no la causa (jurídica) del impuesto.³⁴

Por tanto, el motivo o la causa del tributo la necesidad que tiene el estado de recursos financieros para el cumplimiento de sus fines. La causa de la

³³ GIULIANI FONROUGE, C., Op Cit., Pág. 458.

³⁴ GIANNINI, A.D., Op Cit., Pàg. 154.

obligación tributaria, tiene lugar cuando se materializan, en el ámbito de la realidad, los hechos establecidos en la legislación como generadores del tributo.

1.8.1.1 Causa Vinculada con los Beneficios Recibidos del Estado y con la Capacidad Contributiva

Se manifiesta la evolución del pensamiento a cerca de la causa, en donde se le consideró como: “las ventajas generales y particulares que derivan de la asociación, en cuanto estas ventajas, precisamente, son el fin práctico de la contribución y la razón económica y jurídica, por la asociación”.³⁵

Por lo que se extiende la idea de causa a la doctrina general y vinculándola con la capacidad contributiva, de tal que en su concepción final la causa del tributo radica, en primer término, en las ventajas derivadas de los servicios prestados por el Estado, que sería la causa primera o mediata y además, en la capacidad contributiva, que vendría a constituir la causa última o inmediata; estableciendo un nexo entre ambas causas: el Estado, al organizar los servicios generales incrementa la producción, constituyéndose en copartícipe de la creación de riqueza y determinando el aumento de la capacidad contributiva.³⁶

1.8.1.2 La Causa Como Presupuesto Del Hecho, como Fuente entre el Presupuesto del Hecho y la Ley

Desde un punto de vista general, el concepto de causa en el derecho tributario tiene un contenido filosófico y ético-jurídico, considerándolo como la culminación de una investigación destinada a establecer el fundamento último del derecho del Estado a establecer los impuestos;

³⁵ GRIZIOTTI, Benvenuto A., *Principios de la Política Financiera*, Madrid España, 29ª Ed., 1975.

³⁶GIULIANI FONROUGE, C., Op Cit., Pág. 460.

pero, M. PUGLIESE³⁷ considera en forma más especial: "la relación entre los presupuestos objetivos para el nacimiento de la obligación tributaria y la ratio legis o, mejor dicho, la justificación de tal relación que, necesariamente, debe existir para que una obligación tributaria pueda surgir validamente".

Partiendo de un concepto jurídico, la deuda tributaria no surge, pues, abstractamente por la pertenencia al Estado y por el goce de las ventajas que de ella derivan, esto conduciría a admitir la existencia de una deuda en abstracto, aun cuando su medida concreta fuese nada y faltara cualquier riqueza apta indicativa de capacidad contributiva, puesta por el derecho objetivo como causa de la imposición tributaria, por lo cual en cada caso especial debía llegarse a una síntesis del concepto de potencialidad para contribuir a las cargas públicas, adoptada por el legislador como razón justificadora, como causa, de aquella especie de impuesto.³⁸

Posteriormente se logró extender el concepto de causa a los hechos jurídicos, vinculándose con el presupuesto de hecho de la obligación, adoptándose el concepto de de causa como puente entre el presupuesto y la ley, es decir, como razón por la cual la ley asume hechos de una determinada naturaleza como presupuestos de las relaciones tributarias, señalando que en la tasa esta la contraprestación de un servicio administrativo; en la contribución, la ventaja económica que el particular recibe de un gasto o de una obra pública; y en el impuesto, el criterio justificativo, la razón última, radica en la capacidad contributiva, considerando que la causa jurídica puede identificarse con el concepto de capacidad contributiva.

³⁷ PUGLIESE, Marillo E., *Curso de Ciencias de las Finanzas*, 2ª edición, Editorial Belga, Nápoles, 1966, Pág. 246.

³⁸ GIULIANI FONROUGE, C. Op Cit. Pág. 462.

1.8.1.3 Fines de la Actividad Pública

La causa se vinculó con dos circunstancias: las ventajas derivadas de las pertenencia al Estado y la capacidad contributiva; además, hizo de la causa una condición de validez del tributo, sin la cual carecería de aplicación y debía ser desconocida por la autoridad judicial.

Es de reconocer en una primera aproximación que la causa del tributo se manifiesta en la actividad pública, y como el individuo ve en ella un medio destinado a realizar un fin, siendo su pretensión la satisfacción de determinadas necesidades. En este sentido, es que la causa del tributo radica en las ventajas generales o particulares que la actividad estatal puede proporcionar a los sujetos.³⁹

Por otra, parte se considera a la causa como la necesidad de recursos del Estado para la realización de sus fines, rechazando la exigencia de una proporcionalidad entre ventajas y tributos, ya que basta la posibilidad potencial de que los últimos se destinen a los servicios públicos.

1.9 DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La determinación de la prestación tributaria a través de la ley, puede hacerse de dos formas distintas:

1. Directamente por el legislador. En estos casos, la ley fija la cantidad de dinero que los sujetos pasivos de un determinado tributo de cuota fija. Verbigracia, los llamados derechos (tasas) de inscripción del registro de Comercio, contemplados en la Ley de Registro de Comercio (Art. 63 al 69), que establecen el arancel correspondiente, fijando una cantidad determinada a pagar según el documento a inscribir en dicho registro.

³⁹ VANONI, Ezio A., *Naturaleza e Interpretación de la Ley Tributaria*, 9ª edición, Editorial Gálata, Milano, 1972, Pág. 69-70.

2. Indirectamente. En estos casos, la ley no fija la cantidad que ha de pagarse, pero indica la manera de determinar la cuota. Los tributos de cuota variable son aquellos en que la cuota varía de acuerdo con la valoración que hace el legislador de las distintas modalidades, intensidad y demás circunstancias que pueden concurrir en la realización del hecho imponible.

El tributo de cuota fija se agota en las especificaciones legales de la suma que debe pagarse; en cambio, en el tributo de cuota variable se requieren de dos elementos esenciales de cuantificación: la base imponible y el tipo de gravamen.

Para PÉREZ ROYO define la base imponible “como la expresión cifradas y numérica del hecho imponible”.

RAMÍREZ GÓMEZ por su parte, considera “que la base imponible se manifiesta como un concepto complejo, por un lado, como un resultado, el resultado de medir o valorar el hecho imponible, base imponible fáctica y, por otro, como un conjunto de criterios legalmente definidos que nos permite llegar a dicho resultado o determinación.”⁴⁰

La Ley General Tributaria Municipal, en su artículo 26, define la base imponible de la siguiente manera: La base imponible de la obligación tributaria municipal es la dimensión del hecho generador que sirve para cuantificar el tributo, al aplicarle la tarifa correspondiente.

La ley establece en forma objetiva y general, las circunstancias o presupuestos de hecho de cuya producción deriva la sujeción al tributo, mediante la cual la norma de la ley se particulariza, se adapta a la situación de cada persona que pueda hallarse incluida en los presupuestos fácticos previstos. Por lo que se entenderá como

⁴⁰ RAMIREZ GOMEZ, S., *Regímenes de Determinación de la Base: Estimación Directa, Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma*, Institutos de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, Pág. 786.

determinación de la obligación a la situación objetiva contemplada por la ley se concreta y exterioriza en cada caso particular.⁴¹

1.9.1. Determinación de la Base Imponible

La determinación de la base imponible constituye un momento fundamental en la fase de la aplicación del tributo. La doctrina señala tres “regímenes”⁴² de determinación de la base imponible, los cuales son diferenciables a nivel doctrinario, pero aplicados en forma combinada por el legislador en ciertas ocasiones. Estos son: determinación o estimación directa, determinación o estimación objetiva y, determinación o estimación indirecta.

1.9.1.2. Determinación Directa

La esencia de este método consiste en la utilización de los medios técnicos mas adecuados a la realidad del caso concreto, para calcular la base imponible. La determinación de la base imponible se realiza sirviéndose de datos reales obtenidos de los documentos de soporte, como son: la declaración, la contabilidad, de cualquier otro obtenido por medios distintos y suficientemente contrastados, sin apoyarse en conceptos o magnitudes preestablecidos por el legislador.

En el mejor ejemplo del régimen de determinación directa es el caso del impuesto sobre la renta aunque, como ya se ha dicho, la aplicación del régimen de aplicación directa no se ha hecho en forma pura, pues la ley agrega ciertos índices o magnitudes preestablecidas.

⁴¹ GIULIANI FONROUGE, C. Op Cit. Pág. 479.

⁴² Doctrinariamente se habla de métodos, mecanismos, criterios, procedimientos, regímenes, etc., para la estimación de la base imponible; términos utilizados en forma indiscriminada. El Profesor Salvador Ramírez Gómez, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, adopta la denominación de “regímenes”, en razón de que tal expresión, “desde un punto de vista jurídico, tiene un significado preciso que hace referencia al conjunto de normas jurídicos materiales que regulan una determinada institución”.

1.9.1.3 Determinación Objetiva

La aplicación de este régimen se basa en que la determinación de la base imponible se obtiene a partir de determinados supuestos de la ley. A diferencia del sistema español, que prescribe la utilización voluntaria de este régimen, en El Salvador, tal utilización no es potestativa sino obligatoria en determinados impuestos. A modo de ejemplo, tenemos la ordenanza reguladora de las tasas por servicios municipales de la ciudad de San Salvador en la que se establece entre otras cosas, que el alumbrado público se cuantifica por metro lineal⁴³.

La determinación o estimación objetiva puede ser de dos clases: Global o Singular. En el primer caso, el procedimiento consiste en una primera fase, en la fijación de la magnitud global que se entiende como base imponible de un determinado sector de contribuyente. A la determinación de esta cifra se llega mediante el acuerdo de una comisión paritaria integrada por igual número de representantes de los contribuyentes afectados y de miembros de la administración tributaria.

Tras esta primera fase, la comisión aprueba los índices básicos y los índices de corrección. Los primeros determinan los elementos que servirán para la atribución de la base individual a cada contribuyente (número de empleados, metros cuadrados de despacho, kilovatios consumidos, ubicación del lugar etc.). Los segundos o “índices de corrección” procuran ponderar, mediante porcentaje que aumenta o distribuye la base inicial, circunstancias excepcionales favorables o adversas, de cada contribuyente (pedido de cierre temporal, aumento excepcional de volumen de venta, cierre por reforma o viajes al extranjero, casos de enfermedad etc.).

⁴³ GARCÍA VIZCANO, C., *Derecho Tributario*, Tomo I, Editorial de Palma, Buenos Aires. 1997, Pág. 83.

Estas operaciones se asignan en base a esos índices la base imponible que corresponde a cada uno de los contribuyentes censados en relación con la magnitud global aprobada.

La ventaja de este sistema radica en que mayor sea el número de contribuyentes censados, menor será la cantidad a pagar por cada uno de ellos; con ello de una parte, los contribuyentes se benefician de la distribución de la carga tributaria y la administración enriquece el censo de contribuyente.

La estimación objetiva singular consiste en fijación de elementos objetivos, que implican una renta presunta para cada uno de los contribuyentes a los que voluntaria u obligatoriamente le sea aplicado este sistema.

Tales modalidades están previstas en el artículo 113 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que atribuyen a la dirección general de impuestos internos la facultad de aplicar métodos estimativos reveladores de renta.⁴⁴

1.9.2 concepto y Función de la Determinación

Para la doctrina italiana, fundamentada por CARNELUTTI y TESORO, la llaman autodeterminación; como la mera aplicación del impuesto. Es por eso, cuando el tributo es de aplicación directa y el sujeto pasivo cumple espontáneamente su obligación, el acto de determinación no existe y es sustituido por la simple actividad interna y de naturaleza lógica de contralor de la exactitud del cumplimiento. Es decir, que sólo admite esta formalidad como acto administrativo.

La determinación tributaria es un acto jurídico de la administración en el cual ésta manifiesta su pretensión, contra determinadas personas en

⁴⁴Art 113, *Ley del Impuesto Sobre la Renta*.

carácter de contribuyentes o responsables, de obtener el pago de la obligación tributaria.⁴⁵

Para GIULIANI FONROUGE Y NAVARRINE, la definen a la determinación tributaria como “el acto o conjunto de estos actos emanados de la Administración, de los particulares o de ambos coordinadamente, destinados a establecer en cada caso particular la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance cuantitativo de la obligación”⁴⁶

El derecho positivo establece la determinación administrativa como acto-condición de la exigibilidad y cumplimiento, respectivamente, de la obligación tributaria, es decir, el derecho conferido a la administración tributaria de crear a través de la determinación una obligación para los contribuyentes y responsables.

Concretando lo expuesto, puede decirse que la determinación de la obligación tributaria, consiste en el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares o de ambos coordinadamente; destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance cuantitativo de la obligación.⁴⁷

Para que la obligación tributaria se materialice en una suma concreta que ingrese en las arcas estatales, se requiere un procedimiento determinado y los órganos necesarios para cumplirlo; es por ello que en la legislación tributaria salvadoreña, se regula la institución de la Determinación

⁴⁵ JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Liceo Profesional Cima, 1969.

⁴⁶ FOLCO, Carlos M., *Procedimiento Tributario*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, Pág. 242.

⁴⁷ GIULIANI FONROUGE, C. Op Cit Pág. 481.

Tributaria bajo la competencia de la Administración Tributaria, tratando de que se realice una aplicación homogénea para todos los tributos.

Es necesario Comprobar que con respecto a determinada persona se ha producido el fenómeno al cual la ley vincula el nacimiento de la obligación (hecho imponible); en segundo lugar se debe establecer, según el tributo de que se trate, cuál es el valor o medida de la materia imponible (base imponible); y en tercer lugar debe aplicarse a estas medidas de lo imponible; la tasa o alícuota respectiva. Sólo así se contará con la cifra líquida a pagar por el contribuyente, la cual será, en definitiva, la suma recaudada.⁴⁸

1.9.3 Naturaleza Jurídica de la Determinación

La naturaleza y efectos jurídicos del acto de determinación con respecto a la obligación tributaria, pudiendo agruparse las diversas interpretaciones en dos categorías:

- a) las que pretenden que la obligación nace con el presupuesto del tributo, de modo tal que la determinación tiene simple efecto declarativo;
- b) las que le atribuyen carácter constitutivo de la obligación.

Según los autores, entre quienes se halla prácticamente la totalidad de la doctrina tributaria Argentina (GIULIANI FONROUGE, JARACH, VILLEGAS; extranjeros como TROTABAS y GIANNINI), sostienen que la naturaleza de la determinación tiene Efecto Declarativo, implicando el mero reconocimiento de la obligación tributaria⁴⁹.

En efecto, la obligación tributaria nace al configurarse el hecho Imponible, en la medida en que no se hayan producido hipótesis neutralizantes (exenciones y beneficios tributarios), independientemente de su

⁴⁸ BELISARIO VILLEGAS, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1972, Pág. 171.

⁴⁹ Ibidem, Pág. 38

determinación. Es decir, que crea un estado de certeza sobre la existencia y el alcance de la obligación tributaria preexistente. Ratifica que se produjo el Hecho Imponible, que no se configuraron hipótesis neutralizantes totales, la medida de deuda, que esta no se extinguió⁵⁰.

Otros autores, plantean el Efecto Constitutivo; afirman que no basta que se cumpla el presupuesto de hecho previsto por la ley para que nazca la obligación de pagar tributos. Para ello es necesario un acto expreso de la administración que establezca la existencia de la obligación en cada caso y que precise su monto, antes de la determinación sólo puede haber actos preparatorios o una relación jurídica pretributaría, pero la deuda sólo se constituye y es exigible a partir del acto administrativo de la determinación.

1.9.3.1 Efectos Declarativos

Para la doctrina germánica, expuesta por BLUMENSTEIN⁵¹ “el acto de de determinación es, ante todo, de carácter documental, para la fijación administrativa del impuesto, pudiéndole atribuir el efecto de un perfeccionamiento del crédito del impuesto aun cuando éste, con anterioridad, tenía existencia según el derecho material”, se manifiesta a favor del efecto declarativo del acto de determinación. Según el cual, la deuda impositiva nace al producirse la circunstancia de hecho que, según la ley, da lugar al impuesto.

Sin embargo, justo es reconocer que, MYBACH-RHEINFELD, señala: “no obstante la importancia de la orden de pago para el surgimiento de la deuda de impuesto, ella sólo tenía carácter declarativo”; por cuanto las condiciones para el nacimiento de la obligación resultan de la ley,

⁵⁰ Ibidem, Pág. 39.

⁵¹ BLUMENSTEIN, Eduard D., *Sistema di Diritto delle Imposte*, Giuffrè, Milano, 1954, Pág. 57.

correspondiendo a la autoridad fiscal, únicamente, establecer que en el caso concreto, esas condiciones se han realizado en una persona individualmente determinada.

Los autores franceses conciben “la determinación como acto administrativo, pero no creador de derechos o situaciones jurídicas, sino como la aplicación a la persona del estatuto establecido por la ley impositiva, sin considerarlo una simple formalidad procesal. JEAN MORANGE⁵² estima que “el acto de imposición se presenta siempre como un acto-condición puro y simple... que no es creador de derechos, puede ser modificado...”. De acuerdo con GIANNINI el núcleo central de esta teoría consiste en lo siguiente: "la obligación tributaria surge en el momento en que se verifica el presupuesto legislativamente previsto".⁵³

Por consiguiente, la determinación de la obligación tributaria no la constituye ni la hace existir, pero sí la hace cierta, líquida y exigible, al permitir la cuantificación final del débito tributario.

Como corolario de lo anterior, la obligación tributaria nace al producirse el supuesto de hecho previsto en la ley, es decir, independientemente de toda actividad de la Administración Tributaria.⁵⁴ Por ello, esta postura doctrinal es la más consecuente con el carácter *ex lege* de la obligación tributaria, pues ni el contribuyente ni la administración tributaria pueden constituir una obligación nacida por imperio de la ley.

Para el nacimiento de la obligación tributaria se precisa de la conjunción de dos elementos genéticos *sine qua non*: la norma jurídica tributaria y el hecho generador.

⁵² MORANGE, Jean C., *Derecho Financiero y Tributario*, Paris, 1985.

⁵³ D'AMATI, Incola M., *Derecho Tributario, Teoría y Crítica*, 1ªEd. Derecho financiero, Madrid, 1989, Pág. 201.

⁵⁴ GIULIANI FONROUGE, C., *Op Cit.*, Pág. 451.

La norma le da relevancia y juridicidad al supuesto de hecho, y se sirve del mismo para la producción de los efectos o consecuencias jurídicas. El presupuesto de hecho o los hechos jurídicos incorporados en la norma, son los medios que ésta utiliza para la producción de los efectos jurídicos.⁵⁵

Para guardar una coherencia científica, metodológica y legislativa, si la obligación tributaria nace al momento de producirse en la realidad el hecho generador previsto por la norma - carácter *ex lege* -, debe concluirse ineludiblemente que el acto de determinación o liquidación tiene una "doble función declarativa":

La primera de reconocimiento de la existencia, a cargo de un determinado sujeto, de la obligación antedicha; y la segunda de fijación de la cuantía del expresado débito.

Consecuentemente, al realizarse el presupuesto de hecho, nace el crédito tributario y su correlativa deuda, constituidos *ope legis*, sin ser necesario el ejercicio de un derecho potestativo del Fisco para constituirse en acreedor, y sin dejar de nacer por la abstención del mismo en el ejercicio de sus facultades determinativas.

Por otra parte, el sujeto pasivo está obligado al cumplimiento de la prestación pecuniaria aún cuando no se tenga certidumbre de su existencia y cuantía, es decir, el deudor existe antes de la determinación de la obligación tributaria.⁵⁶

⁵⁵ SAINZ DE BUJANDA, F., *Nacimiento de la Obligación Tributaria, Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, Pág. 36

⁵⁶ *Ibidem* Pág. 38-41.

El Efecto Declarativo de la determinación produce las siguientes consecuencias, salvo disposición en contrario:

- a) Las valoraciones cualitativas y las apreciaciones cuantitativas referentes a la obligación tributaria tiene en cuenta el memento de configuración del hecho imponible, y no el de la determinación.
- b) La vinculación del contribuyente con el Hecho Imponible es considera en el momento en que se configura y por ende, éste rige para establecer sus condiciones personales, cargas de familia y demás circunstancia relevantes para la tributación, así como las exenciones, exoneraciones y beneficios.
- c) El fallecimiento del contribuyente después de configurado el Hecho Imponible, pero antes de la determinación carece de influencia sobre ella, al transmitirse a los sucesores, la obligación tributaria resultante.
- d) El régimen normativo sustantivo es el aplicable al momento de la configuración del Hecho Imponible y no el vigente a la fecha de la determinación.
- e) La derogación de la ley tributaria después de ocurrido el Hecho Imponible, pero antes de la determinación, no impide que ésta sea efectuada⁵⁷.

1.9.3.2 Efectos Constitutivos

Para los tratadistas que se pronuncian a favor del efecto constitutivo de la determinación. No basta que se cumplan las circunstancias de hecho previstas por la ley como determinantes del tributo, sino que es menester un acto expreso de la administración estableciendo la existencia de la obligación y precisando su monto, esto es, fijando el an debeatur y el quantum debeatur.

⁵⁷ Ibidem, Pág. 45

Vale decir, conforme a éste efecto, que mientras no se produzca la determinación, la deuda u obligación tributaria no habrá nacido. Se adhiere a esta postura gran parte de la doctrina italiana: INGROSSO, ALLORIO, GRIZIOTTI, ROTONDA, BERLIRI y otros.

El hecho imponible determina el nacimiento de la obligación tributaria; ya que la interpretación sistemática de la ley no lleva a la afirmación de que la obligación tributaria surge de la mera realización del hecho imponible, sino que el sentido de la ley parece ser exactamente el contrario; es necesario algo más: “la liquidación del tributo”.⁵⁸

⁵⁸ CORTEZ DOMINGUEZ, M., Op. Cit., Pág. 322.

CAPITULO II

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Las primeras manifestaciones sobre la existencia de la presunción, se encuentran en los escritos de los latinos antiguos, quienes entendieron que presuntamente era conjeturar, usurpar funciones en los campos personales o públicos, adoptar una pose, figuración, calidad no propia; fingir atributos; cercana a la actuación teatral, propia de la comedia o drama, producto de una condición personal de alta autoestima. Alternativamente el aristócrata latino, por lo general cultivado mentalmente, la reprobó, considerándola indigna de análisis, controversia, planteándola como simple sospecha.⁵⁹

2.1 DEFINICIONES DE PRESUNCIÓN

Etimológicamente la palabra “presunción”, proviene del latín *prae*, que significa antes, y *sumere*, tomar; tomar de antemano, en la composición de los vocablos *praesumere*, *praesumptio* y *presumitur* (latin vulgar). Por la presunción se toma una cosa por verdadera (*somitur pro vero*) antes de que conste de otro modo.⁶⁰

“La palabra presunción se integra de la preposición *prae* y del verbo *sunco*; tomar anticipadamente, ya que mediante las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que estos se nos demuestren o aparezcan por si mismos”⁶¹

El doctrinante VITO GIANTURCO afirma que "el repetirse de forma normal los mismos fenómenos, de orden natural y psicológico, en determinadas circunstancias según la experiencia estadística y las

⁵⁹ RODRIGUEZ, Alfonso Orlando, *La Presunción de Inocencia, Principios Universales*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2001, Pág. 25

⁶⁰ ABAGNANO, N. *Diccionario de la Filosofía*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1965 Pág., 923.

⁶¹ CABANELLAS, Guillermo y ALCALA ZAMORA, Luís, “Presunción” *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* 12ª Edición, Buenos Aires 1979 Pág., 390.

constataciones experimentales probando y volviendo a probar, induce a la consideración de que aquello que sucede y a sucedido continuara verificándose en el porvenir en las mismas circunstancias y bajo las mismas condiciones"⁶²

FRANCESCO CAMELUTTI la entiende en dos sentidos en primer lugar, como objeto utilizado para la deducción al definir el indicio, basado en la experiencia y supone o presume la existencia de un hecho indicador y en segundo lugar, como la deducción misma, "hay presunción cuando de la existencia de un hecho conocido se deduce la de uno desconocido".⁶³

ORLANDO ALFONSO RODRÍGUEZ, define la presunción como "el mecanismo con estructura silogística, por el que se suponen hechos o actos de la vida, basado en lo ordinario, lo común y de interés en concretas circunstancias de tiempo y espacio.

Es producto de la actividad mental del hombre que, valido de una metodología lógico-racional, lanza juicios, conceptos genéricos que la experiencia indica, la mayoría de las veces como acertados.⁶⁴

En las diversas legislaciones Europeas se encuentra que la presunción esta regulada en los códigos civiles; así por ejemplo tanto el código civil francés como el homologo italiano define a las presunciones como "consecuencias que la ley o el juzgador extraen de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido"⁶⁵

⁶² *Los indicios el proceso penal*, traducción de Julio Romero Soto, 1975, Pág.18

⁶³ *Sistema de Derecho Penal*, Editorial Temis, Segunda Edición, 2002, Pág.441.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Orlando Alfonso, Op Cit. Pág. 28.

⁶⁵ *Código Civil Francés* Art. 1349 y el *Código Civil Italiano* Art. 2727.

Por su parte, el Código Civil español no define como se concibe a la presunción, pero se refiere a ella como medio de prueba en el contexto de las obligaciones civiles.⁶⁶

En América Latina las presunciones se encuentran originalmente en códigos Civiles o en leyes de procedimiento Civiles. Algunos de estos ordenamientos si definen a la presunción como consecuencia conjetural que la ley o el juzgador extraen de un hecho conocido para conocer un hecho desconocido; tal es el caso de Colombia Ecuador, México, Venezuela y Uruguay⁶⁷

El Código Civil Salvadoreño define la palabra *presumirse* como “el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”⁶⁸

2.2 CLASES DE PRESUNCIÓN

La clasificación tradicional de las presunciones ya reconocidas y recogidas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia son: presunciones legales o de derecho y presunciones simples, del hombre o judiciales.

2.2.1 Presunción Legal o de Derecho

Es un juicio lógico del legislador, que partiendo de un hecho conocido, acepta como existente otro desconocido, plasmado en un mandato jurídico. Es un procedimiento de técnica jurídica, en concepto su forma artificiosa, destinada a hacer eficaz una norma. La política que orienta las actividades jurídicas, solo alcanza a fijar los contenidos objetivos del derecho posible, al estructurar la metodología para su realización social.

⁶⁶ Artículos 1249 a 1253 del *Código Civil Español*.

⁶⁷ *Código Civil de Colombia* Art.66; *Código Civil de Ecuador* Art.32; *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* Art. 379; *Código Civil de Venezuela* Art.1394; y *Código Civil de Uruguay* Art. 1600.

⁶⁸ Artículo 45, *Código Civil*.

El juicio debe estar ligado a un hecho generalizado o concreto, para considerarse presunción.⁶⁹

La presunción legal es un mandato legislativo con el cual ordena tener por establecido algún hecho siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido controlado suficientemente ha dicho ANTONIO DELLEPIANE.⁷⁰

Las presunciones implantadas en una ley se constituyen con bases de apoyo en el criterio del juzgador al examinar las cuestiones relativas a los hechos⁷¹

Dentro de las presunciones legales se distinguen las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y las relativas (*iuris tantum*).

- **Presunciones Absolutas.**

Son de origen latino de pleno y absoluto derecho sin admitir prueba en contrario, es imperativa de orden público sus críticos afirman que no se presume sino que se estatuye. La afinidad entre la norma es imperativa y es evidente, praesumere, significa admitir sin demostración ni necesidad de prueba.

Es una declaración de la ley del derecho ciudadano, en el evento, de no justificar los hechos que la fundamentan. Algunos sostienen que en estricto sentido no es presunción, por no admitir prueba en contrario, no ser susceptible de controversia y por ende de desvirtuarse. Es en verdad un mandato jurídico, sin relación con la prueba, del raciocinio judicial; es de la esencia del derecho sustantivo.⁷²

⁶⁹ RODRIGUEZ, Orlando Alfonso Op Cit Pág. 39.

⁷⁰ Nueva Teoría de la Prueba Pág. 113

⁷¹ Semanario judicial de la federación CXXIII, Pág. 1121

⁷² RODRIGUEZ, Orlando Alfonso. Op Cit Pág. 41.

El Código Tributario hace alusión que, es presunción legal cuando se presume el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas y si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por este código o las demás leyes tributarias.⁷³

Por otra parte, el artículo 192 del mismo código, define las presunciones de derecho, al establecer que si por expresión de este código o de las leyes tributarias se establece que se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias.⁷⁴

De lo anterior se colige que en C. T. se adopta la clasificación establecida en el artículo 45 de nuestro Código Civil, según el cual las presunciones son legales y de derecho; siendo que en doctrina se denominan Presunciones legales, las cuales se dividen en absolutas, que no admiten prueba en contrario, artículo 192; y relativas, que admiten prueba en contrario, artículo 191.⁷⁵

- **Presunciones Relativas**

Expresión latina, significa que la ley admite prueba en contrario; se considera cierta mientras no se pruebe en contrario. Puede demostrarse la inexistencia del hecho legalmente presumido, aunque prima facie sean ciertos por antecedentes y/o circunstancias. Esta impregnada de posibilidades, no exentas de error, son supletivas. Es una verdad probable, sin excluir la verdad real, hace sus veces, hasta manifestarse en toda su plenitud.⁷⁶

⁷³ Artículo 191, *Código Tributario*.

⁷⁴ MERINO GONZÁLEZ, S. y otros *El procedimiento de Liquidación Oficiosa*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Pág. 115.

⁷⁵ Ibidem, Pág. 116.

⁷⁶ RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso. Op Cit. Pág. 44.

2.2.2 Presunciones Simples, del Hombre o Judiciales

Las presunciones *hominis* son las que el juez deduce por el examen de los indicios, guiándose por las reglas de la sana crítica, con objeto de establecer definitivamente sus convicciones; también son empleadas por los litigantes como conclusión de su raciocinio o en relación con un punto de partida o con respecto a un elemento de su argumentación en su alegato. No están sujetas, pues, a criterio legal alguno y son establecidas por el juez según su ciencia y su conciencia.⁷⁷

El enlace entre el hecho base y el presumido, aparece en forma probable, sin sujeción a norma alguna. Para que haya presunción judicial, debe existir libertad de apreciación y valoración de quien la construye; la persuasión racional es parte racional. La sana crítica debe presidir este proceso mental.⁷⁸

2.3 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La palabra presunción ya la definimos anteriormente, definamos entonces el término inocencia.

Inocencia: procede del latín "Innocentia" que significa: Estado y calidad del alma, que esta limpia de culpa, excepción de toda culpa, en un delito o en una mala ocasión.

Se advierte, que en esos conceptos se dan dos ideas muy diferentes: uno, que se podría llamar "sustancial" solo se da cuando de verdad no existe culpa, otra de alcance puramente formal se establece mediante la declaración de inculpabilidad pronunciada por quien corresponda, con entera independencia de que la persona enjuiciada sea o no sea en

⁷⁷ ALSINA, Hugo E., *Tratado Teórico-Práctico de derecho procesal civil y comercial* 2ª Edición Buenos Aires, Argentina, 1961 Pág. 687.

⁷⁸ RODRIGUEZ, Orlando Alfonso, Op Cit. Pág. 48.

realidad inocente en sentido sustancial ya que eximir significa "libertad, desembarazar de cargos, obligaciones cuidados culpas."⁷⁹

Presunción de hombre o de juez: Expresión análoga pero poco frecuente, a la de presunción iuris tantum (relativa). La establecida por la ley u otra norma compulsiva, pero que admite probanza en contrario.⁸⁰

Presunción de Inocencia: La que ampara, en los enjuiciamientos del tipo liberal, a los acusados cuya responsabilidad debe probar el acusador para fundar la condena.

Definición legal de Presunción de Inocencia en su artículo 45 del Código Civil, establece que de presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos las antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Con el origen de la presunción de inocencia en la época de la Santa Inquisición en el Siglo XVI, el acusado deja de ser un sujeto procesal y se convierte en un objeto donde se seguía una dura persecución por parte de los acusadores. En el Sistema Inquisitivo para lograr una represión de los delitos y defender la sociedad se le consideraba un rigor necesario.

⁷⁹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, D y otros, *La Presunción de Inocencia como Garantía del Debido Proceso Penal a partir de los Acuerdos de Paz en El Salvador 1994*, Pág. 30-32.

⁸⁰ *Ibidem* Pág. 33

La presunción de inocencia que aparece reglada en la mayoría de sistemas constitucionales, y consecuentemente desarrollado por sistemas procesales penales, no fue un principio creado por un tratadista en particular, sino mas bien su origen remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada por la Revolución Francesa de 1789, que en su art. IX, lo enuncia Así: "siendo todo hombre presunto inocente hasta que sea declarado culpable si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona."⁸¹

Este principio de inocencia que se remonta a épocas anteriores a la Revolución Francesa tuvo su consagración legislativa en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789 que estableció que todo hombre debía "presumirse" inocente. Esto se repite en textos legales y constitucionales hasta hoy en día y es así como en el Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos párrafo 2 dice que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

La utilización de la expresión "presunción" de inocencia ha dado lugar a que diversos autores consideren que la misma puede ser desvirtuada y establece precisamente la presunción contraria. En realidad no estamos en presencia de una "presunción" sino de un "estado jurídico", que solo puede ser destruido mediante el dictado de una condena.⁸²

Así mismo CLARIA OLMEDO y VÉLEZ MARICONDE se inclinan por denominarlo "estado de inocencia" afirmando el primero que ese estado se goza desde antes de la iniciación del proceso y no se destruye con la denuncia, la acusación se requiere de una sentencia penal condenatoria

⁸¹ FLORES CUBA, B. y otros, *El Principio Constitucional de Presunción de Inocencia en materia Penal*, Año 1997, UES. Pág. 4, 6 y 8.

⁸² *Ibidem*, Pág. 8

basada en autoridad de cosa juzgada, dice el segundo que todo ciudadano debe reputarse inocente hasta que sea demostrada su culpabilidad, cuando este no se demuestre, el imputado debe ser absuelto sin exigir la demostración de su inocencia, y debe reintegrarse a la sociedad, precisamente porque su inocencia es presunta.

Este principio ha sido de aplicación muy discutida en el campo del derecho penal tributario, admitiendo varios autores la posibilidad de la implementación del principio inverso, según el cual es el contribuyente quien debe probar su inocencia, admitiéndose incluso la existencia de presunciones legales de culpabilidad o de intención dolosa.

El principio de la presunción de inocencia es definido por SERRA DOMÍNGUEZ como "aquella actividad intelectual del juzgador, realizada en la fase de fijación por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones". Es decir que la persona que tiene a su cargo hacer la valoración de una actividad realizada por una persona primeramente debe de ser demostrada por medio de instrumentos idóneos y a consecuencia de dicho análisis debe de pronunciarse sobre una valoración ya sea mostrándose a favor o en contra de la persona a quien se le imputa haber realizado dicha actividad.

2.4 ANTECEDENTES HISTÓRICOS CONSTITUCIONALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SALVADOR

Los derechos humanos nacieron en la declaración del hombre y del ciudadano aprobada al 26 de agosto de 1789⁸³ en la que se cristalizó el ideario de la revolución francesa y la declaración de derechos Bill of Righ

⁸³ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos*, Escuela de Capacitación Judicial, El Salvador, 2000, Pág. 3-4.

constituidas por las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1791.⁸⁴

En momentos anteriores al Siglo XVIII, se puede mencionar grandes antecedentes de declaraciones como la Carta Magna Inglesa en ella se omitía la mayor parte de derechos humanos hoy generalmente aceptados además no era un documento democrático ya que otorgaba derechos únicamente a miembros de la Iglesia Aristocracia, es a dos declaraciones, la Francesa y la Norteamericana a quienes le corresponde el mérito de haber hecho una detallada enumeración de derechos, de haber reconocido tales derechos a todos los hombres y de haber servido de ejemplo a otros países quienes primero en sus legislaciones internas y posteriormente en declaraciones, Pactos y Tratados Internacionales han reconocido el respeto universal de derechos a los hombres.⁸⁵

Las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica ponen un interés a los derechos del procesado penal y es en las enmiendas IV, V, VI y VIII en las que retoman el tema, en la IV se estableció sobre el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias. En la enmienda V se establece como órgano de acusación el Gran Jurado, la garantía del non bis in ídem, el derecho de no auto incriminarse y del debido proceso. En la enmienda VI se garantiza los derechos a un juicio rápido y publico, por el jurado; el derecho del acusado a que se le informe de la acusación, se le caree de testigos que declaren en contra suya, se les obligue a comparecer a los testigos que cite en su favor y a tener a un abogado que lo defienda, finalmente la enmienda VIII dispone que no se exigirá al procesado fianzas excesivas para otorgarle la libertad.⁸⁶

⁸⁴ RUBIANES, CARLOS J. *Manual de Derecho Procesal Penal tomo II*, Editorial Depalma, Madrid, 1997, Pág. 232.

⁸⁵ *Ibidem* Pág. 233.

⁸⁶ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Op Cit Pág.35.

La declaración francesa se ocupa en tan solo dos de sus diecisiete artículos del proceso penal los cuales son el artículo 7 en el cual se dispone que ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido mas que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ellas, y el art. 9 donde establece el principio de que : " se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable" en esta dirección el legislador francés seguía las ideas de Beccaria quien ya había afirmado que a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública⁸⁷.

Para el pensamiento republicano y liberal, se aprecia a este principio como un verdadero punto de partida de toda la comprensión del proceso penal asignándosele un contenido indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción, etc.) Cuando la Constitución de Argentina disponía que ningún habitante del territorio de un país sea penado sin juicio previo, proclama el viejo aforismo de que nadie será considerado culpable sino ha sido declarado en sentencia por un juez.

En México el principio fue aceptado tomándolo de la declaración francesa, por Decreto Constitucional para la libertad de la América mexicana sancionado en APATZINGAN, el 22 de Octubre de 1814 cuyo artículo dispone "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable". Este decreto nunca tuvo vigor; durante la independencia de México los constituyentes se inspiraron en otra fuente como la declaración Norteamericana y la presunción de inocencia no aparecía en las posteriores Constituciones; pero como México ha suscrito la Convención Americana sobre derechos humanos el cual establece sobre la presunción de inocencia en su art. 8.2 y el Pacto Internacional de

⁸⁷ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, Op. Cit., Pág. 5.

Derechos Civiles y Políticos la cual en su art. 14.2 recoge sobre el principio de presunción de inocencia, las normas transcritas anteriores forman parte del derecho positivo mexicano es por ello que la presunción de inocencia es norma vigente en México.⁸⁸

Se puede decir que los inicios del principio de presunción de inocencia se remota a la Revolución Francesa 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se encontraban una serie de principios fundamentales de una nueva sociedad fundamentada en la revolución.

En tal declaración el objeto fundamental era de definir los Derechos Naturales inalienables y sagrados del hombre y del ciudadano en la cual se especificaba: "los hombres nacen y permanecen libres en iguales derechos; la libertad individual, la libertad de palabra, la libertad de conciencia, la seguridad y la resistencia a la opresión, derecho a la propiedad que proclamaban como derechos naturales e imprescriptibles del hombre y del ciudadano; al proclamar inviolable el derecho a la propiedad privada, la declaración legitimaba con ello la desigualdad en la posesión de los bienes y la explotación del desposeído por el poseedor.

En El Salvador, la regulación del Principio Constitucional de Presunción de Inocencia, inicia en el año de 1824, con la Constitución de la República de El Salvador en su capítulo IX - El crimen, en su art. 62; el cual lo enuncia Así: "Ningún salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual deba ser castigado y sin previo mandamiento del juez por escrito que ordene la prisión".⁸⁹

⁸⁸ ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías del Proceso Penal*, Editorial Porrúa, México, 1996. Pág. 169.63.

⁸⁹ *Ibidem* Pág. 179

Aunque no se regula expresamente, se encontraba implícito dentro de este artículo. En 172 años de independencia se han contado con tres Constituciones Federales, una como Estado Miembro de la primera Federación, doce como Estado Unitario, 3 reformas sustanciales, y varias constituciones frustradas, Fue hasta el año de 1983; como un principio innovador, y que literalmente dice: "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa."

Este es un principio universalmente reconocido y su texto en su inciso primero está tomado del artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁹⁰. Adicionalmente, se garantiza a toda persona detenida, acusada formalmente o no, el derecho a ser informado de las razones de su detención en forma inmediata esto es en el acto mismo de su detención y de modo que le sea comprensible, explicándole de la misma manera sus derechos.

Podría decirse que la Constitución vigente ha incorporado a sus textos nuevos valores y principios, algunos de los cuales solo se encontraban plasmados en las leyes ordinarias, o en los Tratados o Convenios Internacionales.

Desde la Constitución de 1983 hasta la fecha ha sufrido una reforma el art. 12 Cn. Así el 27 de abril de 1991 en la ciudad de México, fueron celebrados los Acuerdos de Paz de El Salvador y gracias a las negociaciones logradas se firmaron dichos acuerdos, y el cual se enuncia Así: "Toda persona a quien se le imputa un delito, tiene derecho a que

⁹⁰ "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa", Art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

se presume su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso"⁹¹

Debe tenerse en cuenta que la elevación de rango constitucional del principio de presunción de inocencia se suscitó en la constitución de 1983 lo que se justificó por la comisión de estudios del Proyecto de Constituciones en los siguientes términos: "además de la garantía constitucional en virtud de la cual nadie puede ser privado de sus derechos sin haber sido oído y vencido en un juicio, se introduce otra garantía procesal en el caso de las personas acusadas de algún delito." ⁹²

2.5 ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Aspectos Doctrinarios de la Presunción de Inocencia de la forma como se plantea el Principio de Inocencia surgieron diversas posiciones como las siguientes:

2.5.1. Escuela Clásica

Entre las posiciones de los expositores de la escuela clásica del Derecho Penal figuran: FRANCESCO CARRARA: proclama la presunción de inocencia de la siguiente manera: "Hay a favor del imputado...la presunción de inocencia que ajuste a todo, y esta presunción es asumida por la ciencia penal, que hace de ella su bandera para oponerla al acusador y al inquisidor, no con el fin de detener el movimiento de ellos, en su legítimo curso, sino con el fin de restringirlos en sus modos, encadenándolos a una serie de preceptos que sean freno para el arbitrio, obstáculo para el error y en consecuencia protección del ciudadano".

⁹¹ Ibidem Pág. 12, 13.

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Publicaciones Especiales* de 1997, El Salvador, Pág. 122

El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia y así la negación de la culpa...Aquí dice ella: protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad...Con los modos y formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellos proceden también de dogmas de absoluta razón”.

Por otra parte, y en la misma dirección LUCCHINI; enseña que no ya por consideraciones unilaterales o por motivos sentimentales, sino que en obsequio a los principios de razón evaluando los intereses sociales en su esencial plenitud, frente al estado de imputación del individuo perseguido. Surge y contrapone la “presunción de inocencia” que en todo el curso del proceso debe equilibrarlo, la cual es corolario lógico del fin racionalmente asignado al proceso.

Si tal fin práctico consiste en el descubrimiento de la verdad con respecto a la imputación del delito, es natural que se contraponga a la hipótesis de que el imputado sea inocente, es decir, que todo ciudadano debe reputarse tal hasta que no sea declarada su culpabilidad.

Cuando esta no se demuestre, el imputado debe ser absuelto sin exigir la demostración de inocencia, y debe por supuesto suficientes indicios de delincuencia, ella deberá de constituir por lo menos una presunción de culpabilidad.

OLIVA SALINAS en su tesis cita a: MORTAEO Y ALOISI: para ambos la presunción de inocencia “es un máxima errónea... que ha seducido a muchos intelectos proclives a la debilidad, y que ha tenido una suerte que no merecía⁹³ .

⁹³ Flores Cuba, op cit , Pág. 36

Podemos y debemos de estar de acuerdo en que el imputado no es un delincuente declarado; pero decir que la delincuencia no debe presumirse en su daño es muy diverso que decir que se debe presumir su inocencia.⁹⁴

La presunción de inocencia protege a todos los sujetos que no sean sospechosos de haberlo cometido, cesa de ser protegido con aquella presunción...tomada a la letra.

Haría imposible el ejercicio de la acción penal porque siempre es absolutamente ilícito obrar contra el inocente.

Las posiciones contrapuestas entre los de cada una (clásica-positiva), en relación a la presunción de inocencia se formulan las siguientes críticas:

- Para quienes sostiene la primera tesis, es evidente que caen en un exceso verbal, al sostener que a nadie debiera privársele de su libertad si no hasta el fin del proceso, cuando la quedado plenamente comprobada la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado.
- En cuanto a los expositores de la segunda tesis, por una parte se reconoce la crítica de MANZINO quien ataca con indudable fundamente la forma gramatical de expresar el principio de inocencia, puesto que se trata de una presunción en el sentido técnico de la palabra. Pero al igual que en el primero de los casos, su posición tampoco es aceptada, ya que sustenta una presunción de culpabilidad, cuando se decreta la detención provisional por parte del juez que se refleja en su decisión, la cual puede obedecer a un acto arbitrario o ilegal por parte del mismo.

⁹⁴ OLIVA SALINAS, M., *La violación d e la Presunción de Inocencia por parte de los Medios de Comunicación social*, tesis para optar al grado de licenciatura en ciencias jurídicas. UES.1995, Pág. 40.

2.5.2 Escuela Contemporánea del Derecho Penal

Han surgido nuevas posturas que superan la problemática apuntada, como la del eminente procesalista ALFREDO VÉLEZ MARICONDE que afirma.” El principio de inocencia no se consagra en una presunción legal, sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y este no opta, claro esta a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad del juez capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad.”⁹⁵

2.6 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como queda consignado en los temas precedentes de este capítulo, la inocencia, es un status, una condición, un derecho connatural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de Estado, que puede ser cuestionada cuando la sociedad ha llegado a un nivel de organización tal que cuenta con sistemas de enjuiciamiento y de sanciones, con mecanismos jurídico-legales capaces legítimamente de declarar a un ciudadano responsable penalmente, imponiéndole una consecuencia, un reproche, manifestación de una intervención estatal en su orbita individual; todo en defensa de intereses generales.

Esa condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable, que es la inocencia, en desarrollo de un proceso jurídico, esta amparada por una presunción, que es un mecanismo, por la que todo hombre procesado legalmente, debe ser tratado como inocente, durante la investigación, juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con transito a cosa juzgada.

⁹⁵ VELEZ NARICONDE, A., *Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Editorial Unión, Chile, 2003, Pág. 38.

Siendo que la presunción tiene una estructura silogística, un proceso lógico que parte de una premisa mayor constituida por unos hechos ordinarios, generales, constantes, desemboca en una consecuencia lógica y racional según reglas, leyes y máximas de la experiencia, como quedo demostrado, debe observarse como opera para el caso de la inocencia.⁹⁶

El derecho de inocencia como la presunción que lo protege, por esta sola circunstancia evidente, le da autonomía como derecho primario, esencial de todo ser humano, sin que nada tenga que ver con el favor reo el in dubio pro reo.

Además de lo anterior, la autonomía a este derecho fundamental, se deriva de su expreso reconocimiento y consagración en convenios, pactos y tratados internacionales, como un derecho y garantía de orden fundamental que vincula y obliga a todos los Estados partes, si es que no existe reserva al respecto, por lo que su aplicabilidad es de origen supranacional; de obligatorio cumplimiento en el derecho interno.

Como si lo anterior ofreciese duda, esa autonomía esta reconocida por su consagración constitucional, como ocurre actualmente con el artículo 12, que lo consigna como un derecho fundamental de toda persona.

El derecho a la presunción de inocencia, además de su obvia proyección objetiva como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, opera su eficacia en un doble plano: por una parte, índice en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o participe en hechos de carácter delictivo, y determina por ende el derecho a que no se le apliquen las consecuencias o efectos

⁹⁶ RODRIGUEZ ORLANDO Alfonso, Op Cit., Pág. 147,148.

jurídicos vinculados a hechos de tal naturaleza; y por otro lado, despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

Desde este punto de vista, el derecho de presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas.⁹⁷

2.6.1 Definiciones

EUGENIO FLORIÁN, señala que “la Presunción de inocencia; que algunos autores llaman estado de inocencia. Ese estado o presunción no se destruye con la imputación (denuncia, acusación, indagatoria), ni con los actos jurisdiccionales del proceso (auto de detención provisional, elevación a plenaria, etc.), porque ellos están edificado sobre bases de probabilidad.

La presunción de inocencia o estado de inocencia perdura a través del proceso y solo desaparece con el agotamiento del juicio previo y la sentencia condenatoria, con carácter definitivo, si es que el proceso no es susceptible de revisión, lo cual hace muy discutible que aquella haga transito de cosas juzgadas.⁹⁸

La presunción de inocencia en dimensión de regla de juicio supone que cuando el Estado ejercita el ius puniendi a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda

⁹⁷ Ibidem, Pág. 151.

⁹⁸ JIMÉNEZ LONDOÑO, H., *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial Delta, México, Pág. 38.

sospecha de actuación arbitraria. En este sentido, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo validas, validez que implica no solo la conformidad al Código Procesal Penal, sino además la conformidad de las mismas a la propia constitución, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa.

Exige el derecho a la presunción de inocencia que la condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el tuvo el acusado.

El Derecho a la Presunción de Inocencia despliega pues sus efectos en un triple orden:

- 1) Al fijar el objeto sobre el que habrá de recaer la actividad probatoria para que pueda ser considerada de cargo.
- 2) En la determinación de cuáles son las “pruebas” validas para desvirtuarla: licitud y regularidad.
- 3) Y como “regla de juicio”, gravando al órgano sentenciador con la obligación de motivar la eventual condena del acusado conforme a los postulados que de ella se derivan.⁹⁹

En conclusión la Presunción de Inocencia es una actividad creada por el juez en base a las pruebas que establecen un hecho diferente del afirmado.

⁹⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Comentarios al Código Procesal Penal, 2001*, Pág. 109.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, reconoce que la presunción de inocencia es un derecho fundamental de toda persona natural o jurídica frente al Estado que se ha reservado el monopolio de “ius puniendi”. Tal potestad es una de las esenciales del Estado, y a la vez la más peligrosa para el respeto de los derechos fundamentales.

Por tal motivo solamente será garantía y solvencia que acredite la realización por parte del sujeto infractor del ilícito. De ahí que la presunción de inocencia del inculcado desplaza sobre la autoridad estatal la carga de la prueba de los hechos tipificados como infracción. Sentencia definitiva 61-0-2003, 12-10-2004¹⁰⁰.

La presunción de inocencia genera dos consecuencias desde el ángulo operativo judicial:

1. Nadie es culpable hasta sentencia condenatoria con transito de cosa juzgada. Solo en sentencia, con la suficiente y necesaria motivación, se desvirtúa la premisa menor de la presunción demostrando que el procesado, en concreto, infringió el código que protege intereses sociales.
2. En desarrollo del proceso, se debe observar y respetar íntegramente el debido proceso. Al procesado, en desarrollo de la actuación judicial, se le debe rodear de todas las garantías judiciales para que defienda su primario derecho de inocente. La vulneración de una sola de ellas, vicia la actuación de nulidad

¹⁰⁰ “La Presunción de Inocencia contenida en el art. 12 inciso primero de la Constitución, posee tres significados claramente diferenciados, éstos son a) como garantía básica del proceso penal; b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y c) como regla relativa a la prueba”, Sentencia de Hábeas Corpus, ref. 61-0-2003, 12/10/2004.

El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador.

La garantía es a “ser tratado como inocente”, lo cual no implica que de hecho lo sea, y es por ello que dicha garantía subsiste aunque el juzgador posea total certeza de su culpabilidad; ya que en la realidad una persona es culpable o inocente al momento de la comisión del hecho delictuoso¹⁰¹.

El imputado goza durante el proceso de la situación jurídica de un inocente. Así es un principio de derecho natural aquel que indica que “nadie puede ser penado si que exista un proceso en su contra seguido de acuerdo a los principios de la ley procesal vigente.

Ahora bien, a este principio corresponde agregar lo que en realidad constituye su corolario natural, esto es, la regla de la presunción de inocencia, la cual se resuelve en el enunciado que expresa” que todo imputado debe ser considerado como inocente (para nosotros debe decirse no culpable hasta que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario.

¹⁰¹ En la actualidad, el derecho de presunción de inocencia abarca dos vertientes: una anclada al derecho penal contemporáneo y otra al derecho constitucional concerniente a la preservación de la libertad. Tales vertientes, íntimamente ligadas y debidamente equilibradas, marcan el modelo de sistema de justicia penal al que aspira toda sociedad democrática.

La presunción de inocencia no sólo garantiza que se evite condenar al facto y previamente a una persona sin las probanzas necesarias; obliga a la autoridad encargada de hacer cumplir la ley a practicar una investigación profesional, científica y exhaustiva para el esclarecimiento de los hechos probablemente delictivos y a efecto de determinar las responsabilidades procedentes. También la presunción de inocencia salvaguarda los derechos de las víctimas del delito y los de la sociedad en general al castigar, con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho, a quien verdaderamente corresponda.

Por último, se alude al concepto garantista de la presunción de inocencia; su tratamiento por el derecho internacional de los derechos humanos; una referencia de la presunción de inocencia, a partir de un asunto resuelto mediante informe por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sostiene Armando Alfonso Jiménez en su obra: *Presunción de Inocencia: El Régimen Constitucional Mexicano frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Pág. 36-37.

La inviolabilidad de la defensa en juicio exige que el imputado sea tratado como un sujeto de una relación jurídico procesal, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con el rotulo de inocente al cual se lo nutre de determinados derechos para poder responder a la acusación a la cual deberá enfrentar.¹⁰²

2.7 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza Jurídica de la Presunción de Inocencia es importante por que así comprende su funcionamiento dentro de un debido proceso. Es por ello que en la doctrina, el tratadista GUERRA SAN MARTÍN BELLOCH Y LÓPEZ, calificaban la presunción de inocencia como “un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que esta investida toda persona física acusado de un delito y consistente en desplazar sobre la persona acusada, la carga cumplida de la prueba de los hechos de acusación, obligando tanto al juez como al tribunal, a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar”.¹⁰³

Derivándose dos aspectos importantes: el de la presunción de inocencia como exigencia de la inversión de la carga de la prueba, en el sentido material sobre la parte acusadora y el de la presunción como verdad provisional que ampara a todo acusado, de modo que la falta de pruebas de su culpabilidad ha de dar lugar necesariamente a una sentencia absoluta.

Con la presunción de inocencia se constituye un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional que incide en el espacio valorativo, pero que trasciende al mismo para encuadrarse en el aspecto objetivo de la prueba.

¹⁰² D ALBORA, Francisco J, *Código Procesal Penal de la Nación*, editorial Lexis nexos, Sevilla, 2002, Pág. 25.

¹⁰³ GÓMEZ RODRÍGUEZ, D, Op Cit Pág. 40

Al tratarse de verdaderas pruebas fehacientes se hace necesario constatar previamente si estas han sido obtenidas y practicadas con observación de las garantías procesales y los derechos fundamentales, tal como lo manifiesta VESCOVI “lo que se pretende es que en el proceso se respeten las formalidades que constituyen preciadas garantías de la libertad, la defensa y el debido proceso”.¹⁰⁴

2.8 CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de inocencia al igual que las demás garantías constitucionales en conjunto tienen las siguientes características:

a) Supremas o Constitucionales:

Las garantías constitucionales se dicen que son supremas, porque se encuentran instituidas en nuestra Constitución de la República, que es nuestra máxima ley. En el artículo 246 inciso segundo primera parte de la Constitución¹⁰⁵ se encuentra definida la preeminencia de la Constitución sobre cualquier otra ley.

b) Unilaterales, Públicas y Oponibles al Estado.

El principio de presunción de inocencia al igual que las demás garantías constitucionales depende exclusivamente del Estado, a través de las distintas dependencias del Órgano Judicial (Juzgados de paz, Juzgados de primera instancia, Cámaras, Salas y Corte Suprema de Justicia).

Cuando el Estado instituye estas garantías se constituye como el único obligado a hacerlas respetar para que los derechos que protegen estas, queden a salvo de la inobservancia total o parcial de la ley.

¹⁰⁴ Ibidem Pág. 40

¹⁰⁵ “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos...”, Art. 246 Cn.

Por lo que las personas a quienes se dirigen tales garantías, “no tienen que hacer absolutamente nada para que sus derechos sean respetados por las autoridades, basta que su actuación no traspase el marco establecido para cada garantía en la constitución; como se ve, no hay obligación, mas que de parte de la autoridad” .¹⁰⁶

c) Inalienables:

Las garantías constitucionales, no pueden enajenarse, transferirse, o transmitirse a ningún título puesto que le pertenece en forma indisoluble al individuo, sin que por ninguna circunstancia puedan separarse de él.

d) Irrenunciables:

Significa que no se puede renunciar al derecho de disfrutar de las garantías constitucionales, no obstante es lícito en ciertas situaciones, que el afectado por alguna violación de sus derechos en un caso concreto pueda abstenerse del derecho a invocar la garantía violada.¹⁰⁷

e) imprescriptibles:

Todas las garantías Constitucionales no prescriben nunca, esto implica que no extinguen con el transcurso del tiempo.

f) Permanentes:

Son permanentes las garantías constitucionales, ya que mientras el derecho exista, la garantía estará lista para actuar en caso de ser vulnerada; se puede decir que es un atributo implícito del derecho que protegen.

¹⁰⁶ BAZDRESH, Luís C., *Garantías Constitucionales*, Segunda Edición, Editorial Centenal, España, 1998, Pág. 31

¹⁰⁷ ASAMBLEA LEGISLATIVA, *Constitución de la República*. Pág. 5 Decreto N° 6, de fecha 8 de enero de 1962, publicado en el Diario Oficial N° 110, tomo 194, de fecha 16 del mismo mes y año, adoptada por Decreto Constituyente N° 3, de fecha 26 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial N° 75, tomo 275, de la misma fecha.

g) Imprescindibles:

En todo proceso, en especial el penal; las garantías Constitucionales, son necesarias para los individuos y su existencia no debe estar sujeta al cumplimiento de ninguna condición para poder ser adquiridas.

h) Absolutas:

Su respeto efectivo, puede reclamarse independientemente a cualquier persona, sea esta una persona natural, o cualquier otra que se encuentre revestida de autoridad jurisdiccional por parte del Estado.

i) Universales o Generales:

Las garantías Constitucionales son generales, porque nuestro sistema penal, protege a todo tiempo y lugar, sea cual fuere su sexo, condición, raza, etc.

j) inviolables:

Se refiere a evitar todo atentado o violación en general, que se pueda producir por parte de cualquier persona o autoridad en contra de los derechos o garantías proclamados establecidos en nuestra Constitución, Código Procesal Penal, leyes afines y Tratados Internacionales, que nuestro país haya suscrito en materia de garantías procesales.

2.9 CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Tradicionalmente, la doctrina como la jurisprudencia, ha ubicado la presunción de inocencia como el natural y lógico desarrollo de *favor rei*, incluso del *in dubio pro reo*¹⁰⁸.

¹⁰⁸ “La Presunción de Inocencia constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que implican una presunción de culpabilidad, pero debe partirse de la idea de que el imputado es inocente, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad del imputado, o bien inexistencia de pruebas de cargo, Ref. 266-2002, 22/04/2003.

La presunción es la manifestación lógica e inmediata *status innocentiae* del que es titular todo ciudadano; siendo una consecuencia de ésta. La condición de inocente de todo ciudadano es anterior al Estado y a cualquier garantía judicial consignada en las codificaciones positivas. La condición de inocente del ciudadano y por ende el derecho que judicialmente se le respeta hasta la sentencia ejecutoriada que lo condene, es el producto de milenios de cultura jurídica.¹⁰⁹

Inocente, en la aceptación académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. “Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste.”¹¹⁰

La inocencia es un estatus, una condición, un derecho connatural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de Estado, que puede ser cuestionada cuando la sociedad ha llegado a un nivel de organización tal que cuenta con sistemas de enjuiciamiento y de sanciones, con mecanismos jurídicos-legales capaces legítimamente de declarar a un ciudadano responsable penalmente, imponiéndole como consecuencia, un reproche manifestación de una intervención estatal en su orbita individual; todo en defensa de intereses generales.

Esa condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable, que es la inocencia, en desarrollo de un

¹⁰⁹ RODRIGUEZ; Rolando A., Op Cit Pág. 117

¹¹⁰ CLARA OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Faro, México, 2001, Pág. 230.

mecanismo, por la que todo hombre procesado legalmente, debe ser tratado como inocente, durante la investigación, juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada.¹¹¹

Siendo, que la presunción tiene una estructura silogística; un proceso lógico que parte de una premisa mayor constituida por unos hechos ordinarios, generales, constantes, desemboca en una consecuencia lógica y racional según reglas, leyes y máximas de la experiencia.¹¹²

El derecho de inocencia como la presunción que lo protege, por esta sola circunstancia evidente, le da autonomía como derecho primario, esencial de todo ser humano, sin que nada tenga que ver con el *favor rei* o el *in dubio pro reo*. Además de lo anterior la autonomía a este derecho fundamental, se deriva de su expreso reconocimiento y consagración en convenios, pactos y tratados internacionales, como un derecho y garantía de orden fundamental, que vinculan y obliga a todos los Estados partes, si es que no existe reserva al respecto, por lo que su aplicabilidad es de origen supranacional; de obligatorio cumplimiento en el derecho interno.

Es deber político del Estado proteger la condición de inocencia del ciudadano con la premisa mayor de la presunción; en la consideración, que el hombre delincuente es la expresión y el caso concreto no debe imponerse sobre la generalidad.

La inocencia a través de la actuación estatal, no se investiga ni declara, cuando se le cuestiona se presume, se investiga, juzga y declara la responsabilidad penal en sentencia, desvirtuando que ese hombre dejó de ser inocente, delinquiró.

¹¹¹ RODRIGUEZ, Alfonso; R. Op Cit. Pág. 320

¹¹² Ibidem Pág. 321

Esta presunción es moral desde sus cimientos, desarrollo y conclusión; políticamente aceptada. Esta edificada sobre bases, usos, costumbres y reglas de conducta de amplia acogida por la comunidad.¹¹³

Ante el monopolio del poder penal por parte del Estado, surge el imperativo de auto limitación en las facultades de ejercer ese poder para con los individuos. En tal sentido, mucho más que el simple reconocimiento de atributos esenciales de la persona humana, la noción de garantías constitucionales representa la fijación de límites al uso del poder estatal y a la persecución penal; dichos límites se desarrollan en la legislación bajo el enunciado de principio o valores esenciales referidos a la persona y son de obligatoriedad e ineludible observancia para los funcionarios encargados de aplicar la ley.

La garantía de la presunción de inocencia significa en términos generales, que ninguna persona puede ser sometida a sanción alguna si previamente no se deprecia aunque el acusado haya sido detenido *in fraganti* o existan otros elementos directamente incriminatorios, pues su estado de inocencia habrá de resultar destruido únicamente como consecuencia de juicio contradictorio.¹¹⁴

El derecho a la inocencia es un derecho fundamental del ciudadano, aplicable a todo proceso en que eventualmente conduzca a la imposición de una sanción; invocable y reclamable a todas las ramas del poder público.

El español JOAN PICÓ I JUNIO, en su obra "*Las Garantías Constitucionales del Proceso*", al respecto sostienen: "la presunción de

¹¹³ SOTELO VASQUEZ, L, *La Presunción Constitucional de Inocencia en el Proceso Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CNJ Madrid. Pág. 255.

¹¹⁴ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, *Lecturas sobre Derechos Humanos*, ONUSAL, San Salvador, Pág. 194-195.

inocencia que como garantía propia del proceso penal, se resumen en la idea básica de que toda persona acusada de una infracción sancionaría es inocente mientras no se pruebe lo contrario, es aplicable, más allá del mismo, a todo acto del poder público, sean administrativos o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas, definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, también despliega sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinado”.¹¹⁵

El derecho a la presunción de inocencia, además de su obvia proyección objetiva como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionado de las interpretaciones de las normas vigentes, opera su eficacia en un doble plano: uno incide en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir delictivo y determinar por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos vinculados a hechos de tal naturaleza y dos despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

Esto implica, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Así mismo, se considera que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existen nunca del acusado sobre la prueba de su inocencia.¹¹⁶

Se considera que en la presunción de inocencia nadie es culpable hasta la sentencia condenatoria con transito de cosa juzgada. Solo en sentencia, con la suficiente y necesaria motivación, se desvirtúa la

¹¹⁵ Ibidem, Pág. 260

¹¹⁶ JOAN PICO, J., *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, 1ª edición, Edit Blosh, Barcelona Pág. 155.

premisa menor de la presunción demostrando que el procesado, en concreto, infringió el código que protege intereses sociales. Y de que en el desarrollo del proceso, se debe observar y respetar íntegramente el debido proceso.

Al procesado, en desarrollo de la actuación judicial se le debe rodear de todas las garantías judiciales para que defienda su primario derecho de inocente. La vulneración de una sola de ellas, vicia la actuación de nulidad. Además la presunción de inocencia tiene plena vigencia en el desarrollo de la actuación procesal¹¹⁷.

La sola sindicación y el hecho de decretarse apertura de investigación o de preferirse una medida cautelar en contra del procesado ni de abrirle forma o juicio, para nada afecta la presunción que protege la condición de inocente. No se disminuye ni se atenúa, por que solo hasta la declaración final, con transito a cosa juzgada, sellada o cerrada, se puede tener como desvirtuada la premisa menor de la presunción que protege al ciudadano.

2.10 IMPORTANCIA POLÍTICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Estado, como una organización jurídica de la sociedad, debe proteger los intereses generales como los de cada uno de sus integrantes en particular. Cuando se da un atentado contra uno o varios intereses apuntados dentro del sistema jurídico político, se produce una reacción institucionalizada, en defensa de esos intereses generales, sin desconocer que el sindicato, como parte de la sociedad debe tenérsela como inocente, hasta que se le investigue, juzgue y sentencie. Es decir, la función estatal es doble.

¹¹⁷ BUTELER, Joan F., *Garantías y Bien Jurídico*, 1ª Edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, Pág. 88.

Los derechos fundamentales, connaturales con el hombre, deben ser respetados por el Estado, para el buen suceso de su realización integral y digna. Implica un costo enorme para la sociedad, que uno de sus integrantes, haya quebrantado el código de comportamientos generales atacando uno de sus intereses vitales, jurídica y políticamente protegidos¹¹⁸.

El hecho endilgado como delictivo, por si solo ya ha causado un daño social, material y moral, aumentando al condenarse a un inocente siendo preferible acudir al menor mal, no condenar. El riesgo del doble daño material y moral es evidente: el acusado con la acción fuera de los cánones legales y la potencialidad de condenar a un inocente. Si el daño social es grave y los medios de prueba comprometen seriamente al ciudadano procesado, mayor trascendencia institucional adquiere la presunción de inocencia; los mecanismos legales deben estar prestos a garantizarla.

La persona procesada legalmente, tiene el legítimo derecho de proteger su condición natural de inocente con la premisa mayor del silogismo. Es deber político del Estado desvirtuar la presunción de inocencia a través de la premisa menor, demostrando con medios de prueba allegados al proceso de manera regular, legal y oportuna, que ese hombre es concreto delinquirió.

El Estado no puede atacar ni desconocer la premisa mayor, la generalidad de los hombres no delinque, porque es un imposible que frente a una ley moral y legítima, representativa de los intereses de la sociedad, la mayoría de los hombres delinquen.

¹¹⁸ Implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, supone una actividad probatoria de cargo; cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtuó racionalmente esa presunción inicial. Dice Luís Mario Uriarte, *El Proceso penal Español: Jurisprudencia Sistematizada*, Pág. 833.

De todas formas esta generalidad le sirve de defensa al ciudadano procesado para desarrollar su defensa a partir de esa premisa, se presume su inocencia. Puede el Estado afectar la premisa menor, demostrando por las causas constitucionales y legales que ese hombre específico, vulnera los intereses apuntados dentro del sistema jurídico político.

El jurista CESAR DE BECCARIA,¹¹⁹ fue el primero en defender el derecho del procesado a no ser tenido como culpable, sin haberse condenado: “a ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado que el violó los pactos bajo los cuales fue aceptado en la sociedad. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que de potestad al juez para imponer penas a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?”.

Por otra parte, comenta JAIME VEGA TORRES¹²⁰ “no hay ciertamente, en esta norma una mención expresa de la presunción de inocencia, pero a pesar de ello, la aproximación a dicho precepto reviste grandísimo interés, si se trata de esclarecer el significado que pueda tener esa presunción”.

Para el iniciador de la escuela clásica en defensa de la presunción de inocencia FRANCESCO CARRARA,¹²¹ afirma en su opúsculo del derecho criminal: “el procedimiento penal tiene impulso y fundamento una sospecha; que, al anunciarse que se ha consumado un delito, designa verosímilmente a un individuo como autor o partícipe de él; y de este

¹¹⁹ BECCARIA, Cesar, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Prologo y traducción de Constancio Bernardo de Quirós, Editorial José M. Cajica, Puebla, México, 1965, Pág. 250.

¹²⁰ ARROYO ZAPATERO, C., *La Presunción y la Prueba en el proceso Penal*, 2ª edición, Editorial PPU, Salamanca, 1987, Pág. 20.

¹²¹ CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, Volumen II, Tercera edición, Corregida, Bogota, Editorial Temis, S.A., 1979, Pág. 420

modo autoriza a los funcionarios de la acusación de adelantar investigaciones para la comprobación del hecho material, y para dirigir sus averiguaciones contra ese individuo”.

Pero ante esta sospecha se alzan a favor del acusado la presunción de inocencia que asiste a todo ciudadano; y esta presunción se toma de la ciencia penal, que de ella ha hecho su bandera para oponerla al acusador y al investigador, no con el fin de detener sus actividades en su legítimo curso, sino con el objeto de restringir su acción, encadenándola a una serie de preceptos que sirvan de freno al arbitrio, de obstáculos al error y por consiguiente de protección a aquel individuo¹²². Este es el fin del procedimiento penal que constituye el objeto de la segunda parte de la ciencia penal.

Pero el postulado del cual parte la ciencia en esta segunda serie de estudios, es la presunción de inocencia, que es como quien dice la negación de la culpa. Ella, como en la primera parte, no le permite a la autoridad que este ante un culpable; ya no dice: “protejo a este culpable para que no lo castigéis más allá de la justicia medida, violando los principios y los criterios que he establecido sobre dogmas racionales para determinar esa medida”¹²³.

Aquí la ciencia dice lo contrario y afirma: “protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos”.

¹²² Ibidem, Pág. 423.

¹²³ ARROYO ZAPATERO, C., Op. Cit., Pág. 28.

Según FRAMARINO DEI MALATESTA¹²⁴: “el hecho que nos lleva a resumir la inocencia del acusado es su condición de hombre, la cual hace que este quede incluido en la especie humana, que de ordinario es inocente, y por esto mismo nos lleva a deducir la presunción de inocencia o en otros términos la probable inocencia del procesado”.

La calidad de hombre que tiene el acusado, que constituye la parte material de la presunción, salta a la vista y se prueba por si misma, y por ello es, inútil enunciarla; y el hecho consiguiente de pertenecer el hombre a la especie humana es también una verdad evidente que no necesita enunciarse”.

EUGENIO FLORIÁN,¹²⁵ se refiere sobre la presunción de inocencia:”no hay duda, pues, que el régimen del libre convencimiento parece inútil y peligroso admitir, a propósito de las pruebas, una institución que ya no encuentra modo de manifestarse con arreglo a este sistema la presunción de inocencia no puede tener mas significado practico que el que le da el principio de que para condenar se requiere la prueba de la imputación, sin la cual el reo debe ser absuelto. La presunción de inocencia no puede significar otra cosa sino que en la duda no es permitido condenar, y así, para que pueda dictarse absolución, habrá que esperar que bastara que no se haya obtenido la comprobación de este hecho. El delito se exterioriza o manifiesta siempre un movimiento corporal, aunque sea fugaz y hasta imperceptible y a veces en un cambio, movimiento que se realiza en el mundo exterior.

¹²⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, *Lógica de las Pruebas en materia criminal*, Tercera reimpresión, de la Cuarta Edición, Tomo II, Bogota, Editorial Temis, S. A., 1997, Pág., 365

¹²⁵ FLORIAN, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, tomo II, Tercera reimpresión, de la 3ª Edición, Bogota, Editorial Temis, S.A., 1998, Pág. 225.

Al reducirse la presunción de inocencia a esto, su nombre no corresponde en manera alguna a la institución de la prueba, ya que se trata simplemente de un criterio de lógica. En el fondo no se presume nada, y la acusación debe probarse. Y dicho en términos más claros: los hechos, en el sentido o en otro, deben comprobarse en el proceso y por el proceso”.

ANTONIO DELLEPIANE,¹²⁶ expone en su obra “Nueva Teoría de la Prueba” al respecto dice: “toda persona se presume inocente y libre de cualquier obligación mientras no se pruebe suficientemente lo contrario”. Así mismo, GUILLERMO CABANELLAS comenta sobre la presunción de inocencia en el Diccionario Enciclopédico de Derecho.¹²⁷

VÉLEZ MARICONDE,¹²⁸ sostiene: “no ya por consideraciones unilaterales o por motivos sentimentales, sino en obsequio a los principios de razón y evaluando los intereses sociales en su esencia y plenitud, frente al estado de imputación del individuo perseguido, surge y se contrapone la presunción de inocencia, que en toso el curso del procedimiento debe atemperarlo y equilibrarlo”, que es “corolario lógico del fin racionalmente asignado al proceso. Si tal fin practico consiste en el descubrimiento de la verdad o respecto a la imputación del delito, es natural que se contraponga a el la hipótesis de que el imputado sea inocente, es decir, que todo ciudadano debe reputarse tal hasta que no sea demostrada su culpabilidad. Cuando esta no se demuestre, pues su inocencia y debe reintegrarse a la sociedad sin mancha alguna”.

¹²⁶ DELLEPIANE; Antonio J., *Nueva Teoría de la Prueba*, con informe académico de Luís Liard, 5ª edición Bogota, Editorial Temis, S.A., 1955, Pág. 101.

¹²⁷ CABANELLAS, Guillermo J., dice:” en materia penal existe una suposición que, aun no escrita en la ley o códigos, no resulta menos fundamental: consiste en la presunción de inocencia, En virtud de la misma, la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado; y este debe ser tratado como inocente, hasta que no se pronuncie contra él, la condena definitiva”.

¹²⁸ VÉLEZ MARICONDE, A., *Estudios de Derecho Procesal Penal*, actualizada por Manuel N. Nayan y José I. Cafferata Nores, tomo II, Córdoba Argentina, Editorial Córdoba, 1982, Pág. 128.

Es por eso, que el autor citado manifiesta que: “la presunción de inocencia constituye la primera y fundamental garantía que la ley de procedimiento asegura al ciudadano, presunción iuris, como suele decirse, ósea valida hasta la prueba en contrario, hasta que no se haya demostrado la verdad de la imputación mediante la sentencia de condena”.

El principio de presunción de inocencia, es una garantía Constitucional consecuentemente debe ser respetada en todos los ámbitos del Derecho. Es calificada también como un estado jurídico, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

2.11 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CARGA DE LA PRUEBA

En todo proceso la carga de la prueba es de suma importancia, la presunción de inocencia no puede ser destruida mediante sospecha atribuyendo la carga de la prueba a quien acusa y puede sancionar cubriendo los hechos y la culpabilidad.¹²⁹

En lo relativo a la carga de la prueba se analiza, de como le hace el imputado para demostrar su inocencia como sabemos no debe de probar su inocencia éste; sino el otro, es decir, el órgano o institución quien lo acusa. Aportando las pruebas suficientes de su participación en lo que lo acusan y en el momento oportuno, ofreciéndolas a disposición del juez del proceso, los documentos que lo involucren. Pero también hay

¹²⁹ CAFFERATTA NORES, J., La Prueba en el Proceso Penal, editorial De Palma, Buenos Aires, 1998, Pág. 220

que tomar en cuenta que no es prohibido de que el propio imputado aporte elementos a su vez que tiendan a discriminarlo o que desvirtúen las pruebas contrarias, en caso que existan.

Se pretende establecer que el estado de inocencia es una condición jurídica natural que la persona posee, su presunción debe ser destruida con pruebas, siendo encargado de aportarlas aquel a quien le corresponda la función acusadora.¹³⁰

SÁNCHEZ ESCOBAR, expresa que derivado de la presunción de inocencia se reconocen aspectos sustanciales, es que al justiciable no le incumbe probar nada, todos los extremos de la acusación que versa sobre la imputación del injusto y de la culpabilidad debe ser probados por quien ejerce la acusación; por lo que en materia de hechos probatorios no hubiese certeza de demostración y subsistiese duda, debe según el estado el cual se acredite y situación dubita, favorecerse al acusado. Subyace aquí el antiquísimo aforismo “*satius esse imputinum reliqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” o “es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente”.¹³¹

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre acusaciones y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable al menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda fuerza razonable.

También la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio, por lo tanto todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.

¹³⁰ Ibidem Pág. 221.

¹³¹ SÁNCHEZ ESCOBAR, C., *Limites Constitucionales al Derecho Penal*, CNJ, agosto 2004.

La prueba, en el proceso penal es un modo más confiable para descubrir la verdad real y la mayor garantía contra las arbitrariedades de las decisiones judiciales, en este punto, cuando la prueba resista insuficientes hace que los jueces lleguen a un estado de probabilidad por cuanto coexisten elementos positivos y negativos.

Es por eso necesario examinar los estados intelectuales y su trascendencia en las distintas etapas del proceso, así en el inicio del mismo no se requiere que exista en el juez un convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación. Para vincular a una persona al proceso como posible responsable del delito se requieren motivos suficientes para sospechar de su participación punible, el estado de probabilidad hace posible la elevación a juicio de un proceso y es después del debate oral y público que debe obtenerse la certeza sobre la culpabilidad del imputado, y en base a esta es que se basa una sentencia de condena: así se estableció en la sentencia del veintitrés de febrero del año dos mil.¹³²

Referente a la carga probatoria se debe considerar que en esta garantía constitucional del estado de inocencia tiene una innegable proyección en todos los procesos. El estado de inocencia esta impuesto por la ley a favor del imputado, debiendo ser destruido ese estado por las pruebas de cargo que ofrece el fiscal o el que acusa o en los sistemas procesales inquisitivos por la prueba que recolecta el propio juez.

Si bien el imputado no debe probar inocencia, ya que la establece la misma ley, por ello e sin perjuicio del derecho que tiene a ofrecer pruebas de descargo, que demuestren esa inocencia.

¹³² *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia 2000 y 2001*, CSJ, Centro de Documentación Judicial, Primera Edición, San Salvador, Sección de Publicaciones de la CSJ, 2002, Pág. 19.

En este sentido se afirma que “el imputado, a su vez goza de un estado de inocencia que no requiere ser construido sino que ha de ser destruido, por lo cual no tiene la carga de probar inocencia, sin perjuicio de la facultad de ofrecer prueba que estime favorable”.¹³³

En el desarrollo del proceso penal el imputado goza de su estado de inocencia, por lo cual el único título legítimo que puede exhibir el Estado para privarlo de su libertad es una sentencia condenatoria firme que destruya ese estado de inocencia. Por ello, en virtud de ese estado de inocencia, las medidas de coerción personal son de carácter excepcional, al solo fin de cautelar la persona del imputado para que no eluda la acción de la justicia.

Por la aplicación de este estado de inocencia, la persona tiene derecho a su libertad personal antes y durante el proceso penal. La persona goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser destruido.

Al contrario, a los órganos públicos predispuestos compete destruirlo, y acreditar acabadamente su culpabilidad. Si estos fracasan en su intento y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación punible del imputado, el estado de inocencia reconocido por el ordenamiento legal se mantiene, prevaleciendo sobre el caudal probatorio, que si bien lo puso en tela de juicio, careciendo de la envergadura legalmente exigida para destruirlo.¹³⁴

La presunción de inocencia tiene directa e íntima relación con la prueba judicial, en la medida y proporción que aquella se mantiene mientras no se le desvirtúa con la aportación en contrario de esta.

¹³³ RUBIANES, Carlos A., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, Pág. 239

¹³⁴ CAFFERATTA NORES, José, Op. Cit. Pág. 132

El Estado acredita válida y legalmente la prueba para desvirtuar la premisa menor de la presunción, ese ciudadano, debe ser declarado en sentencia, penalmente responsable; de lo contrario, sigue en la titularidad de su derecho primigenio. Para llegar allí, es menester desarrolla un proceso judicial y practicar las pruebas con todas las garantías constitucionales y legales.

Es por eso, que en el desarrollo del proceso judicial, la presunción de inocencia no amerita apoyo probatorio, opera por si mismo de manera inmediata, dada la generalidad de que los hombres no delinquen, siendo lo excepcional que uno de sus integrantes infrinja el régimen jurídico.

Cuando se presume la inocencia surge la sindicación contra un ciudadano, que de inmediato es potencial sujeto pasivo de una acción estatal que eventualmente puede conducir a la desvirtuación de la premisa menor de la presunción, trae consigo la dispensa de no entrar a probar esa genérica condición de inocente, que respondiéndole a los acusadores aportar la prueba para condenar es desarrollo del axioma *probatio incumbit ei qui dicit, non qui negat*, que es lo mismo que la prueba le incumbe a quien afirma más no ha quien niega.

Para el ámbito punitivo, no existe el concepto de la distribución de la carga de la prueba, que caracteriza los procedimientos privados, como el civil, sino que es de resorte exclusivo del acusador. Tiene entonces, importante repercusión en relación con la carga de la prueba¹³⁵, que por su consagración constitucional de este principio le corresponde

¹³⁵ La carga de la prueba tiene sus orígenes en el derecho civil, por lo que cada una de las partes procesales tenía como su obligación la demostración de sus pretensiones procesales, apareciendo, con buen recibo en otras ramas del derecho procesal, como en el derecho público, especialmente en el derecho procesal penal “para hacer valer en juicio los propios derechos, se atribuyen a las partes poderes procesales de contenido diverso, tendente de cualquier manera que sea todos ellos ha producir un determinado resultado jurídico, esto es, el pronunciamiento de una jurisdiccional” dice Gian Antonio Micheli, en su obra la carga de la prueba. Pág. 82.

enteramente al Estado, a través de organismos especializados, con jurisdicción y competencia dentro de los marcos del debido proceso, el deber, la obligación social y política en aras de defender los intereses generales de entrada demostrar la existencia del hecho, la infracción a la ley penal, como la culpabilidad y consecuentemente responsabilidad del procesado.

Es el *onus probandi*, entendido como obligación, interés, facultando al deber jurídico del Estado de probar, para desvirtuar la premisa menor de la presunción, en el sentido que el imputado no es inocente y así debe declararse en sentencia¹³⁶.

Por el contrario, el ciudadano procesado, titular del derecho primigenio de la inocencia, esta dispensando de probar su inocencia, porque con base a la premisa mayor de la presunción, la generalidad de los individuos no delinquen y el imputado por el hecho de ser integrante de esa sociedad, le da derecho a ser tratado como inocente, correspondiéndole a ésta; a través de sus instituciones, probarle que delinquirió. De acuerdo con el axioma: *qui accusare volunt, probationes habere debent*, quienes acusan deben tener pruebas.

El tratadista español Ignacio DIEZ PICAZO, enuncia “el derecho a la presunción de inocencia impone todo un conjunto de garantías constitucionales de la actividad probatorio en el proceso penal, esto es, la presunción de inocencia conlleva toda una serie de de reglas de actividad probatoria”.

El principio de presunción de inocencia, es operante en todos los sistemas procesales: sistema acusatorio, inquisitivo o mixto, es el Estado,

¹³⁶ CASADO PÉREZ, J., *Código Procesal Penal Comentado*, Edición actualizada y Anotada Jurisprudencialmente, Tomo II, San Salvador, 2004, Pág. 1020.

quien investiga, juzga y condena a la persona procesada, demostrándole la ocurrencia del hecho y su responsabilidad penal a través de la carga de la prueba¹³⁷ para desvirtuar la premisa menor que ampara la condición de inocente del procesado.

2.12 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA

El concepto de Garantía de audiencia: proviene del latín Audiencia, y consiste en el acto por parte de los soberanos o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa¹³⁸.

Existe en la actualidad, un detalle doctrinario en cuanto a sí la garantía de audiencia, se constituye como un derecho, o como una garantía procesal, tal como se pone de manifiesto en el libro homenaje póstumo al Doctor SALVADOR NAVARRETE AZURDIA. Este autor prefiere llamarle Garantía, primero por tradición, y en segundo, por no entender cual es la diferencia esencial entre una u otra denominación¹³⁹.

Las Garantías, atienden al conjunto de declaraciones, medios y recursos con los que los textos Constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos al disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados que le son reconocidos de manera fundamental, dichas garantías configuran aspiraciones de un orden jurídico superior y establece que satisfaga los

¹³⁷ “El derecho fundamental a la presunción de inocencia no solamente exige que la convicción del juzgador se base en una mínima actividad probatoria de cargo, sino que impone también que las pruebas en las que el tribunal base sus convicciones hayan sido practicadas con todas las garantías”. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Corte Generales, dirigida por Oscar Alzaga Villamil, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1996, Pág. 115.

¹³⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y Otros, *Curso de Derecho Civil, los Bienes y los Derechos Reales*, 3ª Edición. Editorial Nacimiento, Chile, 1974, Pág. 47.

¹³⁹ BURGOA, Ignacio E., *La Garantías Individuales*, 21º Edición, Editorial Porrúa, México, 1988, Pág. 48.

anhelos de una vida en paz, libre de abusos, o con expedito recurso contra ellos¹⁴⁰.

La Garantía de Audiencia constituye un medio de control judicial por uno de los poderes del Estado (Órgano Judicial), de sus propios actos de autoridad y de los gobernados a fin de evitar la privación arbitraria de los derechos de otras personas.

Es de señalar que la obligación de Estado de brindar justicia no es una obligación pasiva; sino activa en el sentido en que esta protección sea real, la simple existencia de ésta garantía de acceso a los tribunales a fin de obtener justicia en el caso concreto, pronto demostró que no era suficiente, pues la naturaleza humana y la tendencia de los gobernantes a abusar del poder, requieren muchas veces, un control más eficaz, por lo que fue preciso elevarla a categoría de norma constitucional para ponerla sobre la ley y reglamento.

Constituye la Garantía de Audiencia el derecho público subjetivo, del gobernado a no ser privado de sus derechos y bienes sin un juicio, el que debe seguirse ante los tribunales (en su sentido formal y material o sólo material). La Garantía de Audiencia es una garantía jurisdiccional de control sobre el poder público¹⁴¹.

La Garantía de Audiencia, como garantía a la jurisdicción, es un derecho a obtener la protección de los tribunales contra arbitrariedades del poder público, teniendo como principal objetivo no tutelar un determinado derecho por estimarse más importante que el otro, sino que, tiene un objetivo más amplio de garantizar la seguridad y certeza jurídica.

¹⁴⁰ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal*, 3ª Edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1977, Pág. 127.

¹⁴¹ *Ibidem*, Pág. 50.

Por consiguiente mantiene el orden público; siendo por todo lo anterior, la garantía tutelar del derecho a la seguridad jurídica, derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado.

En el art. 11 de la Constitución¹⁴², a la Garantía de Audiencia, amplía su esfera protectora de los derechos fundamentales de cada ciudadano. La Garantía de Audiencia se ha establecido para dar seguridad a la persona, su vida, su libertad, su derecho a la propiedad, y otros derechos, los cuales solo pueden verse suprimidos o limitados cuando el Estado, es el garante porque se protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es por eso, que el legislador hace que la Garantía de Audiencia, sea coherente con la normativa constitucional, o en todo caso el juzgador ha de verificar en el caso específico y determinado, una interpretación y aplicación de las disposiciones que desarrollan tal garantía, la cual ha de ser conforme a la normativa constitucional.

La titularidad y el goce de la Garantía de Audiencia, como Derecho Público Subjetivo corresponde a todo sujeto como gobernado, cuyo concepto no sólo comprende al individuo sino a toda persona moral de Derecho Privado o Social, y a los organismos descentralizados.

El acto de Autoridad, se encuentra condicionado por la Garantía de Audiencia y se da frente al acto de privación, en el que se debe respetar la garantía de audiencia, por el daño que pueda ocasionar si ésta se define.

¹⁴² “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa, art. 11 Constitución.

Dicho acto de privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad se traduce y puede consistir en un menoscabo (disminución), de la esfera jurídica del gobernado, determinados por la privación de algún bien, material o inmaterial (derecho) constitutivo de la misma (disposición o despojo) es como en la impediçòn para ejercer un derecho¹⁴³.

1.13 JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia es un concepto con varias acepciones, etimológica e históricamente significaba la opinión de los autores. De ahí paso a ser el derecho como ciencia social. Esta última concepción, tiene vigencia, pero paulatinamente y simultáneamente se ha transformado en la opinión de los tribunales expresada en sus decisiones judiciales.

De acuerdo a un principio universalmente aceptado las sentencias judiciales producen efectos respecto a los procesos en los cuales se pronuncian, Solo son obligatorias para los tribunales que han conocido o pueden conocer de la causa y para las partes en la misma.

En algún sentido puede decirse que son fuentes de derecho directas, pero no en el sentido general que estamos usando la expresión, sino como creación de normas concretas individualizadas. La reiterada y habitual concordancia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado sobre situaciones jurídicas idénticas o análogas constituye la jurisprudencia.

Es por eso, que el segundo inciso del ordinal 1º del Art. 3 de la Ley de Casación, “Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por

¹⁴³ CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1997, Pág. 302.

los Tribunales de Casación, en tres sentencias uniformas y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes”¹⁴⁴

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con referencia a esta temática se fundamenta en:

La presunción o principio de inocencia se encuentra consagrada en el art. 12 inc 1° Cn.¹⁴⁵, y se puede entender que posee tres significados claramente diferenciados: primero como garantía básica del proceso penal; segundo como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y tercero como regla relativa a la prueba. Respecto al primero, ella ha sido entendida como garantía básica del proceso, y como tal constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas procesales penales que pudiesen implicar en contrario una presunción de culpabilidad, una condena anticipada y que conlleven para el imputado la carga de probar su inocencia.

Es en ese sentido que esta Sala, en la Sentencia de 10-II-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 360-97, expresó: "ninguna persona natural o jurídicas puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de 'presunciones de culpabilidad', sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven una conclusión objetiva de culpabilidad". Respecto del segundo, se parte de la idea de que el inculcado se presume inocente, en tanto no exista prueba o evidencia objetiva para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe ante los tribunales y mientras tanto deben

¹⁴⁴ BERTRAD GALINDO, Francisco, y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Segunda Edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996, Pág. 74 y 77

¹⁴⁵ “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. Art. 12 Constitución.

reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en medidas arbitrarias o en penas anticipadas.

Finalmente, la presunción o principio de inocencia como regla relativa a la prueba, exige que la actividad probatoria de cargo que demuestre la culpabilidad del inculpado sea suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas razonables sobre la culpabilidad.¹⁴⁶

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional sostiene y extiende: “el principio de presunción de inocencia a toda suerte de infracciones, ya fueren penales, tributarias o administrativas. De acuerdo a estos criterios, no pueden establecerse sanciones de ningún tipo si no hubiere culpa, si no se probare la culpabilidad de la persona.”¹⁴⁷

Así, mismo la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado reconociendo que: “la presunción de inocencia es un derecho fundamental de toda persona natural o jurídica, frente al Estado que se ha reservado el monopolio del *ius puniendi*. Tal potestad, es una de las esenciales del Estado y, a la vez, la más peligrosa para el respeto de los derechos fundamentales.

Por tal motivo, solamente será factible la imposición de una sanción o condena cuando exista una prueba de garantía y solvencia que acredite la realización por parte del sujeto infractor del ilícito. De ahí que la *presunción de inocencia del inculpado* desplaza sobre la autoridad estatal la carga de la prueba de los hechos tipificados como infracción.¹⁴⁸

¹⁴⁶ SENTENCIA, Sala de lo Constitucional, del 26 de octubre de 2000, ref. 67-99

¹⁴⁷ SENTENCIA, Sala de lo Constitucional, del 12 de abril de 2007, ref. 128-06

¹⁴⁸ SENTENCIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de octubre de 2008, ref. 59-05

Es por eso, que la Sala; con respecto a la Garantía de Audiencia manifiesta: "La finalidad del derecho de audiencia, como categoría jurídico procesal, radica en que toda privación de derechos necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, que respete el contenido esencial del derecho de audiencia"¹⁴⁹.

En la misma sentencia se expresa que las disposiciones procesales de las leyes tributarias no son de aplicación automática, y dice: "en otras palabras, el art. 63 de la ley de impuesto sobre la renta, se entendía de aplicación automática, debido a que no contemplaba la posibilidad de hacer saber al contribuyente las irregularidades e infracciones detectadas durante la fiscalización; por consiguiente, este se encontraba en una situación de desventaja frente a la Administración, al no poder probar lo contrario". Y continúa: "desde esa perspectiva, es válida la argumentación de la parte actora al fundamentar su queja en que se le esta privando de una suma de dinero sin haber sido y oído en juicio así como en la ausencia de oportunidad de defensa en la tasación del impuesto complementario y multas, contra lo cual reclama, pues las resoluciones pronunciadas por la dirección general de impuestos internos se dictaron sin habersele concedido audiencia previa". Y sigue: "de ahí que, desde una óptica meramente formal y literalista, se admite que la dirección general de impuestos internos procediera de la manera que lo hizo, aplicando automáticamente la disposición legal pertinente; sin embargo, esa actuación produjo vulneración del derecho de audiencia, en tanto que se dio prevaecía a la interpretación menos favorable del mismo, pues en ningún momento se procuro asegurar la eficacia y viabilidad del derecho constitucional aludido". Y finaliza: "por todo ello, esta sala afirma que existe la violación al derecho de audiencia por cuanto el afectado por la

¹⁴⁹ SENTENCIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de octubre de 2000, ref. 66-H-99

decisión estatal no ha tenido oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales procesales

El Tribunal Constitucional Español, argumenta exclusivamente sobre la denunciada lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución Española). “Se aduce al respecto que la presunción de inocencia es la primera de las garantías jurídico-penales que ostentan los ciudadanos frente a un proceso penal y para que sea desvirtuada, una reiterada y abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo exige la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo”.¹⁵⁰

Al respecto sostiene, la jurisprudencia del mencionado Tribunal: “La presunción de inocencia es un derecho fundamental en virtud del cual incumbe a quien acuse aportar las pruebas destructoras de aquella presunción *iuris tantum*... No puede imputarse, en principio, a un ciudadano la carga de probar su inocencia, pues en efecto, esta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que no se demuestre lo contrario”.¹⁵¹

“El derecho constitucional a la presunción de inocencia exige una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”.

De modo que, como dijimos en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, ‘sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando... no se motive el resultado de dicha valoración’. Así

¹⁵⁰ SENTENCIA, Tribunal Constitucional Español, de mayo 11 de 2009, ref. 109

¹⁵¹ SENTENCIA, Tribunal Supremo Español, de diciembre 21 de 1983, ref. 124

pues el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige para que ésta quede desvirtuada, en un primer estadio, que se produzca prueba en juicio con las mínimas garantías debidas; en un segundo momento, que el medio probatorio sea idóneo constitucionalmente a tal fin; y, finalmente, que la conclusión naturalmente extraída de dicho medio probatorio sea suficiente para desvirtuar dicha presunción de no-culpabilidad.

En otros términos, no basta con que la culpabilidad se haya acreditado a través de un medio idóneo de prueba (directa o indiciaria), sino que, en el caso de pluralidad de indicios, el juicio de culpabilidad debe inferirse, razonable e inequívocamente, de los mismos; de forma que si la estructura del juicio de reprochabilidad es excesivamente abierta o endeble, de manera que podría conducir, no sólo a la conclusión de la culpabilidad, sino a otra u otras radicalmente diversas, o incluso a la inocencia, debemos considerar que la inferencia es excesivamente abierta o imprecisa, pudiendo estimar lesionada la presunción de inocencia.¹⁵²

¹⁵² SENTENCIA, Tribunal Constitucional Español, de mayo 11 de 2009, ref. 108.

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES

El presente capítulo hace una breve referencia histórica de las Medidas Cautelares, en cuanto al ámbito civilista, constitucional y su posterior adopción en los procesos tributarios. Así mismo, se desarrollara de forma teórica y doctrinaria aspectos característicos de las medidas cautelares, tanto de forma generalizado, de mas específico en cuanto, aplicación de los procesos tributarios. Sobre todo en la Aplicación de las Medidas Cautelares Tributarias, objeto de estudio de la presente Investigación.

Con el desarrollo del presente capítulo, se plantea la necesidad de conocer la historia del surgimiento y posterior desarrollo dentro de la realidad jurídica, así como definir el concepto esencial que la constituye, a fin de establecer con acierto su naturaleza, determinar sus características y en su momento oportuno ubicarlas dentro del derecho positivo.

Durante el tiempo que transcurre entre el comienzo de un juicio y el dictado de la sentencia definitiva pueden surgir innumerables circunstancias que tornen imposible o dificulten la ejecución forzada de la decisión final¹⁵³ (ya sea por desaparición de los bienes o reducción de la responsabilidad patrimonial del deudor; alteración del estado existente al promoverse la demanda o producción de un daño irreparable a la integridad física o moral de la persona).

Debido a esto es que el legislador, puesto que resulta imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión, prevé diversas medidas que pueden solicitarse y decretarse dentro del llamado proceso cautelar para asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer

¹⁵³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., Curso de Derecho Civil: Las Obligaciones en General, Tomo III, editorial Vona., 1986, Pág., 215.

en otro proceso para que la justicia no sea burlada haciendo imposible su cumplimiento.

3.1 ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaban con ciertas instituciones parecidas y que cumplían similares objetivos con las que se aplican en el Derecho Positivo.

La Pignoris Capio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinar bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consiste en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras que sin ser necesarias, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuesto, a favor que los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio.¹⁵⁴

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium, para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad las legis acciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño en presencia y con la colaboración de las partes, en cual se concretaban las pretensión del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así como la formula le

¹⁵⁴ ALVARENGA CLAROS, K. y otras, *Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño*, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2008, pag 123.

daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anterior debía haber entregado para liberar la prenda.

En lo que a la anotación preventiva de la demanda se refiere, sus orígenes en el Derecho Romano como intervección judicial, juntamente con el depósito judicial, se encontraba en la ley primaria, título IX, partida II, para ciertos supuestos: a) cuando se sospeche del demandado, de que la cosa la altere, la empeore o maltrate; b) cuando el poseedor de un bien litigioso apeló la sentencia dada contra él y se teme que empeore la cosa o disipe los frutos.

Finalmente en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa, no podía ser enajenada, ni destruida ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar, gravar y con el secuestro.¹⁵⁵

En el Derecho Español, encontramos en las “siete partidas”, sancionadas por el Rey Alfonso “el sabio”, específicamente en la tercera, norma sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis.

Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las leyes de Toro y la Novísima recopilación. Los preceptos del derecho español antiguo, como

¹⁵⁵ ABARCA, Luis Amparo y otros, *Eficacia de las Medidas Cautelares de Carácter Patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia*, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000, Pág. 4

se sabe, eran de general aplicación en América Latina durante la colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, ordenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el dieciocho de Marzo de 1808; las leyes de recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la ley del trece de mayo de 1825, la cual arreglo el procedimiento de tribunales y juzgados de la República; ésta ley tampoco previó de modo especial las medidas preventivas: las dejó sujeta a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con presión, mientras no manifestará bienes bastantes para cubrir el debito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran sesión de bienes que era una especie de arraigo.

Así, en Venezuela en función de República dicto en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado “De las incidencias”; en este título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, sesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código Arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas¹⁵⁶.

Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiere por lo menos, constancia de la deuda u obligación¹⁵⁷ por medio de información sumaria; la medida podía pedirse en cualquier estado de la causa y procedía:

1º) Cuando había temor que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero, frutos o cosa mueble del litigio o no tuviera responsabilidad;

¹⁵⁶ ALVARENGA CLAROS, K. y otras., Op. Cit., Pág. 125

¹⁵⁷ , ABARCA, Luís Amparo y otros, Op Cit., Pág. 6.

- 2º) En el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer;
- 3º) Cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte de los bienes que le toca;
- 4º) Cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia;
- 5º) En el caso que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa;
- 6º) Aún si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos;
- 7º) Cuando la sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por este y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos aunque sea inmueble.

En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiere la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de este de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzará las resultas del juicio, siempre que fundamente su ausencia fuera de la República.

Además, en el Código Civil Español de 1889, y la ley de enjuiciamiento civil, recogía el deposito judicial o secuestro con el fin de asegurar los bienes litigiosos, pero en realidad el aseguramiento de los bienes como medida de intervención judicial¹⁵⁸ tienen su origen en el anteproyecto de bases para el Código Procesal Civil Español, el cual en su base 82 apartado 4 establecía como procesos cautelares el secuestro e intervención judicial de bienes; el primero comprendía la regulación del deposito judicial y la anotación preventiva, y el segundo comprendía la intervención judicial en la administración de determinadas bienes.

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, G., *Derecho Penal, Parte General*, 1ª edición, Editorial Tiran lo blanch, Valencia, 2003, Pág. 134.

Con respecto a nuestro ordenamiento jurídico, dicha institución del Código Civil la recoge y la desarrolla a partir del artículo 719, en los siguientes términos: “Podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos... el que demandaré en juicio la propiedad de bienes inmuebles, la constitución de cualquier derecho real,...”; en cuanto al secuestro de bienes, el Código de Procedimientos Civiles regula dicha institución a partir del artículo 143 y siguiente.¹⁵⁹

3.1.1 Denominaciones

En la doctrina nacional como extranjera no existe uniformidad en cuando a la naturaleza y denominación que cuadra asignarle al proceso cautelar o ya a las acciones a medidas cautelares refiriéndoselas así por algunos como “providencias cautelares”, “medidas precautorias”, “medidas de seguridad”, “medidas urgentes”, “medidas provisionales”, “medidas de cautela”, “providencias conservatorias o internas” etc.¹⁶⁰

Según sea el aspecto que se intento destacar, se les ha denominado pretensión cautelar o conservativa (resaltando la petición de la parte que las solicita); proceso o procedimiento cautelar (sobre la base de la forma de tramitarlas) y sentencia cautelar (teniendo en cuenta la resolución que se dicta)

En cuanto a la designación como “proceso” o “procedimiento”, se ha dicho que es mas exacta esta ultima, ya que en un proceso judicial exige bilateralidad y en el que tratamos no se respeta tal principio; sin embargo, observamos que la bilateralidad o contradicción no se esta eliminada sino solo postergada para una vez que se cumpla la medida

¹⁵⁹ ALVARENGA CLAROS, K. y otros, Op Cit. Pág. 125-126.

¹⁶⁰ Kielmanovich JORGE L. *Medidas cautelares*, edición 2000, Pág., 19.

ordenada: el perjudicado por ella podrá, entonces, pedir la revisión mediante los recursos de reposición y de apelación.

Finalmente, puede hablarse indistintamente de medidas “cautelares” o “precautorias”, ya que tanto una voz como otra denotan la idea de prevención; significan prevenir un daño para guardarse de él y evitarlo. El peticionario intenta precaverse ante la posibilidad de que la sentencia a dictarse en un futuro sea de imposible cumplimiento.

3.2. CONCEPTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La medida cautelar puede conceptuarse como aquella que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través del proceso en el que se dicta la providencia cautelar, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurra entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.¹⁶¹

CARNELUTTI denomina cautelar “al proceso cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”, pudiendo ser este último contencioso o voluntario, de conocimiento o de ejecución.

Palacio, precisamente refiriéndose a esta cuestión, puntualiza que algunos autores, sin perjuicio de recurrir al empleo de otras denominaciones, aluden también a una “acción cautelar o asegurativa” (*CHIOVENDA, DELLA ROCCA, LIEBMAN, SATTA, COSTA, ZANZUCCHI, LUGO*), a la que el primero y quienes siguen su pensamiento llaman “mera acción” en tanto compete a quien la ejerce

¹⁶¹ MARTINEZ BOTOS, Raúl, *Medidas Cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, Pág.28.

como un poder actual, es decir, aun antes de mediar la certeza de que el derecho cautelado o asegurado realmente exista.

Para MARTÍNEZ BOTOS, siendo la acción uno de los modos de manifestarse el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades y, consecuentemente, un mero presupuesto de la actividad procesal, previo a ella, corresponde rechazar la existencia de acciones cautelares y admitirse, por el contrario, la de “pretensiones” (en el caso de procesos contenciosos) y de peticiones extracontenciosas (tratándose de procesos voluntarios) de aquel carácter.

Las medida cautelares tienen por objeto asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido, y tienen a impedir que en su oportunidad puede convertirse en ilusoria que ponga fin al proceso.

Las medidas cautelares se decretan antes o después de deducida la demanda para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho, existentes al tiempo de aquella y preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en definitiva.

Las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, y de las partes demuestra que su derecho es prima facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida.¹⁶²

Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídicos procesales que tienen como función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función

¹⁶² Ibidem pag 28.

se lleva a cabo mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto.¹⁶³

Para JAIME GUASP, el juicio cautelar es aquel que tiene por objeto facilitar el proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados y las medidas del mismo nombre en el adoptadas, nacen precisamente con la finalidad de eliminar ese periculum in mora, haciendo realidad el clásico principio formulado por CHIOVENDA de que “la necessita di servirse del proceso por ottenere ragione non deve tornare a danno di Chi ha ragione”¹⁶⁴

Tradicionalmente se ha definido como cautelar al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el fin de otro proceso.¹⁶⁵ Este juicio se encuentra dentro de un categoría mas amplia de “procesos urgentes” ya que, como bien lo señala PEYRANO, “todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar.”¹⁶⁶

En efecto, hay supuestos en que el peticionario obtiene de entrada la satisfacción de su derecho sin haberse agotado el conocimiento del juez la urgencia es mas importante que la certeza; son casos en que corresponde ingresar sobre el fondo, generando una solución semejante a la decisión final.

Señala RIVAS, que junto con la cosa juzgada material y formal podemos hablar ahora de la cosa juzgada provisional: en la primera, el conocimiento del juez no tiene limitación alguna.

¹⁶³ ORTELLS RAMOS, M., *El Embargo Preventivo*, 3ª edición, Editorial Lisboa, Barcelona, 1984, Pág. 31.

¹⁶⁴ CHIOVENDA, Gustavo F., *Instituciones del proceso civil*, 2ª edición, Chile, 1999, Pág. 139.

¹⁶⁵ CARNELUTTI, Joan C., *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen II, Jaime Guasp, Nápoles, 1996, Pág. 86.

¹⁶⁶ PEYRANO, Frank J., *Informe sobre la Medidas Autosatisfativas*, LL 1996-A- 999.

En la segunda, la tiene respecto de los temas que pueden ser tratados; así, en el juicio ejecutivo no es posible discutir la causa de la obligación; en los interdictos no se debate sobre el derecho a la posesión o tenencia.

En la tercera, la limitación del conocimiento no es objetiva si no subjetiva: el juez no adquiere un grado de certeza suficiente como para permitirle resolver definitivamente la cuestión, pero la urgencia de la situación lo autoriza a resolverla con los elementos de juicio existentes, en forma provisional; si la situación no puede revertirse el objeto del litigio podrá transformarse a obtener una indemnización a favor del demandado, en caso que la medida haya sido obtenido sin derecho.¹⁶⁷

CALAMANDREI, ya había advertido, que en ciertos supuestos el peligro de la tardanza podría frustrar la satisfacción del derecho y era necesario acelerar la solución mediante una decisión provisoria.¹⁶⁸

Las medidas cautelares en derecho administrativo son definidas como: son los que puede adoptar el juez para garantizar la efectividad de la sentencia que fuera a recaer e un proceso actual o futuro. Por ejemplo, si el acto administrativo ordena la demolición de un inmueble, debido al principio de ejecutividad de los actos, caso que el juez no ordene la suspensión de la ejecución de la demolición, y el recurrente lleva razón, una vez recaída la sentencia estimatoria del recurso ya no serviría de nada la anulación del acto.¹⁶⁹

La tutela cautelar constituye un componente esencialísimo del proceso contencioso administrativo, y las singularidades que representa frente al

¹⁶⁷ RIVAS, Jaime C., *La Jurisdicción Anticipatorio*, Ponencia Presentada en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995.

¹⁶⁸ ORTELLS RAMOS, M., Op Cit, Pág. 96.

¹⁶⁹ GAMERO CASADO, E., *Derecho Administrativo Monografía*, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001, pag 94- 95.

régimen común consideradas. De hecho, en la reciente reforma española del régimen procesal administrativo el tema de las medidas cautelares ha generado un intenso debate doctrinal, aun no fenecido, que pone claramente de relieve la capitalidad de esta cuestión. La razón principal de esta importancia deriva del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, que pueden determinar su llevado a término antes que recaiga de la correspondiente resolución judicial sobre el fondo frustrando eventualmente la finalidad legítima perseguida por el demandante.

3.3 NATURALEZA JURIDICA

En estos últimos años se ha superado la teoría clásica a las medidas cautelares, defendida por quienes abogan por la función y efectos estrictamente de aseguramiento, consolidándose la opinión que con las medidas cautelares se cumple, en ocasiones una función anticipatorio de la resolución.

Durante mucho tiempo la posición defendida por un sector de la doctrina procesal fue la de considerar que con las medidas cautelares se aseguraba tan solo la ejecución de la sentencia. Esta función de aseguramiento era característica típica de las mismas, dado que, por un lado, servía para diferenciarlas de las restantes medidas instrumentales existentes en el proceso, y por otro lado servía para intentar diferenciarlas de las medidas ejecutivas¹⁷⁰.

Hoy estas medidas pueden diferenciarse según su finalidad, atendiendo a este criterio, distinguir entre: a) Medidas que aseguran la ejecución; b) Medidas que conservan la situación de hecho tal cual se encontraba al

¹⁷⁰ MONTERO ROCA, J. y otros, *El Nuevo Proceso Civil, Ley 1/2000*, Segunda Edición, Chile, Pág. 836.

inicio del proceso principal; y c) Medidas que anticipan el resultado del proceso(la efectividad de la sentencia)¹⁷¹.

Todas ellas son cautelares, entendiendo por tales las que guardan ese carácter instrumental respecto al proceso principal. La confusión actual y probablemente mayor aún parece avecinarse, deriva de que se asume legalmente la posibilidad de adaptar una pluralidad de medidas, que claramente responden a una necesidad de tutela de garantías, protectora e incluso en algunos supuestos de carácter preventivo.

Las instituciones o providencias cautelares se diferencian de lo que es la acción preventiva definitiva en cuanto a lo que es la permanencia de sus efectos, ya que estos son provisionales y la existencia de la medida depende o deriva de un acto judicial posterior¹⁷².

CALAMANDREI en su obra “Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”, realiza un análisis de los distintos criterios en base a los cuales se pudiera lograr un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones que dicta el juez durante el transcurso del proceso; según expresa CALAMANDREI éste criterio, no radica en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar, confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto; así como tampoco el criterio formal ya que no existe una forma peculiar en ellas que permita distinguir las exteriormente de las demás providencias que dicta el juez; por ejemplo: La forma de sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia.

Por lo que también puede creer que el único criterio del que se pueda esperar una real diferenciación sea sustancial, haciendo relación al contenido de la providencia, es decir, a sus efectos jurídicos, pero con

¹⁷¹ *Ibidem*, Pág. 831.

¹⁷² ORTELLS RAMOS, M., *Op Cit*, Pág. 99-103.

este criterio se observa que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las demás providencias de cognición o de ejecución; es decir de efectos meramente declarativos o constitutivos, e incluso ejecutivos, pero no diversos a los de aquella.

En consecuencia, el criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo, con el que diferencia con las cognición y las ejecución; ya que están situadas en diferentes dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre si, pero sin confundirse en una clasificación única, por lo tanto el criterio diferenciador de las medidas cautelares.

Se puede decir que, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas, en este sentido puede hablarse, de autonomía de las medidas cautelares; porque no son dependientes en su esencia del proceso de cognición ni del de ejecución.

Las medidas cautelares son de naturaleza asegurativa, ya que por estas circunstancia es que nacen a la vida jurídica, es decir que su existencia esta preordenada a garantizar que las pretensiones del actor en el procedimiento civil y en el proceso penal, esta preordenada a garantizar que el inculpado esté presente en el acto del juicio y en la ejecución de la sentencia.¹⁷³

3.4 FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Constituye un lugar común en la doctrina considerar que el fundamento o razón de ser de las medidas cautelares radica en la existencia misma del proceso, siendo aquellas la justa respuesta a una necesidad cerrada por

¹⁷³ RODRIGUEZ, Cesar Roberto y otros, *Limitaciones Legales y Doctrinarias en la Aplicación de Medidas Cautelares sustitutivas de la Detención Provisional*, Editorial Mundo, Valencia, 1999, Pág. 18

el mismo como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional, cual es la de emplear un cierto periodo tiempo en su sustanciación.

El ideal sería se ha dicho que quien tiene un derecho pleno frente a un obligado pudiere ejercitarlo inmediatamente, sin más trámites ni dilaciones enojosas, pero lo cierto es que cuando se niega el mismo y se inicia un proceso mediante el ejercicio del derecho de acción, con el fin de obtener por parte del órgano judicial la satisfacción jurídica de la pretensión deducida, el juez, sin más, no puede decidir.¹⁷⁴

El fundamento en toda medida cautelar es mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusorias las sentencias que le ponen fin. Una medida precautoria supone un remedio procesal que de ordinario debe aplicarse con criterio restrictivo y cuyo fundamento reside en la necesidad de mantener la igualdad de las partes.¹⁷⁵

3.5 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La finalidad o razón de existir de las medidas cautelares, está determinada por la garantía de que el procesado no se sustraiga a la acción de la justicia, es decir, que un proceso judicial, en donde exista un litigio y éste para que llegue hasta su resolución final, se requiere que dure cierto tiempo para llegar a la sentencia, tiempo en el cual, como el reo puede sustraerse a las resoluciones del proceso; ocultando su patrimonio o simplemente intervenir para obstaculizar actos que conlleven a la ineficiencia del proceso.¹⁷⁶

¹⁷⁴ VECINA SIFUENTES, J., *Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional*, editorial Universal, Madrid, 2000, Pág. 25,26.

¹⁷⁵ *Ibidem*, Pág. 29.

¹⁷⁶ GIMENO SENDRA, V. y Otros, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, tercera edición, Editorial Tiran lo blanch, Valencia, España, 1989, Pág. 353.

En la aplicación de las medidas cautelares, la finalidad es asegurar anticipadamente una situación determinada, garantizando que la norma jurídica individualizada que vincula a las partes en litigio, surta plenos efectos, logrando el respeto a la legalidad y mediante la tutela anticipada, se logra la paz social, de ahí la finalidad social de las medidas cautelares.

3.6 OBJETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario, se asegura así el eventual cumplimiento de la condena, disipando los temores fundados de quien la pide; en tal sentido se resolvió que debe existir correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida.

Ello es así en lo que podríamos denominar medidas cautelares en sentido estricto, pero, como hemos visto anteriormente existen procesos urgentes que mediante un trámite similar al de estas medidas permiten que el accionante obtenga total o parcialmente su pretensión, sin perjuicio de una ulterior revisión.

Cualquiera sea el camino que elija el actor, lo cierto es que no se puede negarse la petición con solo el argumento de que, en caso de accederse a ella, se obtendría un resultado al que únicamente se debe arribar mediante una sentencia definitiva. Si están dados los presupuestos para la procedencia del pedido, el juez debe hacer lugar a él a fin de evitar un daño irreparable. Obviamente, el objeto de cualquier pretensión cautelar debe ser jurídicamente posible.

Tampoco cabe imponer al demandado, bajo la apariencia de una medida cautelar, un estado de pasividad que le impida accionar en otro juicio para

reclamar al actor algo distinto de aquello que es materia del pleito en trámite.¹⁷⁷

El objetivo de la adopción de las medidas cautelares se consideran necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.¹⁷⁸

Las medidas cautelares pueden referirse a todo tipo de bienes. Si se trata de un embargo para el pago de una deuda, el tribunal ordena el embargo de los bienes muebles e inmuebles del demandado. El agente judicial decide qué bienes del demandado serán objeto del embargo. Si el embargo tiene por objeto proteger un derecho anterior, el tribunal ordena el embargo de un bien específico del demandado que es objeto del derecho en cuestión, y el agente judicial ejecuta el embargo de dicho bien

El órgano jurisdiccional también puede:

1. Prohibir hacer algo al demandado, so pena de multa;
2. Ordenar hacer algo al demandado, so pena de multa;
3. Autorizar al demandante a hacer algo;
4. Ordenar que los bienes del demandado pasen a estar custodiados o en posesión de un administrador, o
5. Adoptar otras medidas cautelares para proteger los derechos del demandante.

¹⁷⁷ BALAGER, Cesar A., *Medidas Cautelares*, 1ª Edición, Editorial Tiran lo banch, Sevilla, 2002, Pág. 4-5.

¹⁷⁸ PEREZ DAUDI, V., *Las Medidas Cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Editorial vlex, Madrid, 2005pag. 57.

3.7 ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Existen en la doctrina ciertos elementos que concurren necesariamente para la aplicación de las medidas cautelares, las cuales son:

1) Elemento Temporal:

Se refiere a la vigencia o existencia jurídica una vez aplicada la medida cautelar, es decir, que consiste en el tiempo de vida jurídica de ésta, desde que la autoridad la dicta hasta que cesan sus efectos. En nuestra legislación se dispone que el tiempo de duración de las medidas cautelares de tipo personal será fijado por el juez en la resolución que la decreta, en cuanto a las de tipo patrimonial tienen vigencia hasta la sentencia definitiva y excepcionalmente hasta la ejecución de la misma.

2) Elemento Personal:

Toda medida cautelar, como instrumento jurídico que es, está caracterizado por la bilateralidad del derecho. Por lo tanto existe un sujeto activo, quien solicita que se aplique la norma jurídica, a efecto de que se aseguren anticipadamente los posibles efectos positivos de la sentencia; y un sujeto pasivo llamado formalmente destinatario de las medidas cautelares, que es el individuo sobre quien recaen en algún aspecto de su esfera jurídica.

3) Elemento Espacial:

La actividad de las medidas cautelares debe realizarse en la sede del órgano jurisdiccional que ha de conocer del proceso cautelar, pero a su vez, algunas cautelas por su carácter material deberán realizarse en el lugar en donde se encuentren los bienes o las persona¹⁷⁹.

3.8 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS

3.8.1 Instrumentalidad

¹⁷⁹ BALAGER, Cesar A. Op. Cit., Pág. 8-9.

Las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en si mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquel, como hemos dicho anteriormente, y sin que ello se oponga la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquellas y el de la pretensión o petición de fondo.

Como señala CHIOVENDA, “la medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley.”¹⁸⁰

La nota de instrumentalidad considerada como la nota verdaderamente típica de las medidas cautelares hace referencia por tanto, en el pensamiento de CALAMANDREI, a la dependencia o subordinación de las mismas respecto de la resolución definitiva sobre el fondo, cuya efectividad practica tratan de garantizar, de tal modo como arguye SERRA “carecen de un valor en si mismas consideradas, teniéndolo solo relación a la cuestión principal que se discute en el proceso”.

Esta relación necesaria de dependencia que une a las medidas cautelares con la resolución definitiva, con la que constituyen “una especie de binomio irrescindible”, permite además distinguirla de otros institutos afines como, por ejemplo, las cautelas materiales, los procesos sumarios y la practica anticipada de la prueba, pues estos, por una u otra razón no se encuentran como aquellas indefectiblemente preordenadas a la emanación de la resolución definitiva, cuya eficacia practica tratarían de asegurar.¹⁸¹

¹⁸⁰ KIELMANOVICH, Jorge L., Op. Cit., Pág. 42.

¹⁸¹ CARRERAS, Joan P., *Las Medidas Cautelares*, 9ª edición, Editorial Nueva, Salamanca, 1998, Pág. 570.

Ya hemos anticipado que el proceso cautelar carece, en rigor carece de autonomía funcional.

Se funda en el hecho de que la finalidad de dicho proceso asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, al cual necesariamente se halla conectado por un vínculo de instrumentalidad o subsidiariedad.

Como lo señala PALACIO, se haya puntualizado que la tutela cautelar aparece configurada, con relación a la actuación del derecho sustancial, como una tutela mediata, pues mas que hacer justicia sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de ésta, o bien que el proceso mediante el cual esa tutela se exterioriza persigue, como objetivo inmediato, garantizar el buen fin de un proceso distinto.¹⁸²

Según ALFREDO DI LORO, las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en si mismas; sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.¹⁸³

3.8.2 Provisionalidad

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues están fenecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción y, en todo caso, cuando finalizan el mencionado proceso principal, bien porque la pretensión ha sido desestimada, bien porque la sentencia principal ha sido cumplida o bien porque se hayan realizado ya actos ejecutivos que privan razón de ser a los cautelares.

¹⁸² MARTINEZ BOTOS, R., *Medidas cautelares*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990, Pág. 77.

¹⁸³ *Ibidem*, Pág. 78.

La nota de provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad básica de las medidas cautelares.

Si lo que en definitiva se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente el que dicha sentencia tarde en obtenerse.

La medida cautelar, pese a producir sus efectos desde el momento que es concebida, tiene una duración temporal supeditada a la pendencia del proceso principal. Nace ya con una duración limitada con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpretación judicial y la efectividad del derecho, de tal modo que la misma perderá ipso iure toda su eficacia, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque cuando tenga lugar la conclusión del proceso principal por sentencia firme o por cualquier otro medio anormal, como el desistimiento o la caducidad.¹⁸⁴

Ello implica que los efectos de la resolución que en el proceso recaen tienen, inexorablemente, un carácter que representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo.

Así, se ha señalado que la acción aseguradora se concibe como una acción provisional, entendiéndose en este sentido que constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional de defensa de la persona y de los bienes, y de ahí que la suerte corrida por la materia principal juzgada se refleja necesariamente sobre las medidas cautelares .

¹⁸⁴ VECINA SIFUENTES, J., Op. Cit., Pág. 41 y 42

Expresado de otro modo, cuando alcanza autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue ipso iure la eficacia de la resolución cautelar, porque a partir de la ese instante pierde su razón de ser y agota, por lo tanto, su ciclo vital.¹⁸⁵

3.8.3 Temporalidad

Es consecuencia clara de su carácter instrumental. Así las medidas cautelares: “pese a producir efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración temporal supeditada a la tendencia del proceso principal”¹⁸⁶

De este modo puede afirmarse que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares se procederá al alzamiento o extinción de las misma.

3.8.4. Variabilidad

Partiendo del principio rebus sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo pueden ser modificadas, sustituidas por otras, alzadas, si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas.¹⁸⁷

3.8.5. AUTONOMIA

¹⁸⁵ Ibidem pag 80.

¹⁸⁶ SERRA DOMINGUEZ, M: *Las Medidas Cautelares, 1ª edición Editorial Universidad, Madrid, 2001, Pág. 17.*

¹⁸⁷ BARONA VILAR, S., *Las Medidas Cautelares en el Derecho*, Edición Avanzada, editorial Minero, Buenos Aires, 2001, Pág. 20.

La pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición que constituye el objeto del proceso extracontencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción, diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria.

La pretensión cautelar en este contexto es contenciosa por si misma. Que sirve para estar constituido por una pretensión procesal o por una petición procesal, o lo que es lo mismo, podrá ser o tratarse de un proceso contencioso o extracontencioso.

3.8.6 Flexibilidad

Las medidas cautelares se caracterizan por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que su requirente podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple acabadamente con su función de garantías, y el afectado sus sustitución por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelados, por otros del mismo valor, o la reducción del monto por la que aquella fue trabada.

El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, así mismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, por la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere¹⁸⁸.

El deudor puede solicitar también la desacumulación de algunas de las medidas decretadas cuando fueren varias, pues como pauta genérica, las medidas cautelares no deben causar perjuicios innecesarios, y siempre que el afectado garantice efectivamente el derecho que se pretende

¹⁸⁸ MARTINEZ BOTOS, R., Op. Cit., Pág. 79-80.

asegurar, esta legitimado para obtener su modificación en los términos expresados.

Vale decir que la sustitución de una medida cautelar cabe a petición del deudor o del acreedor e incluso de oficio por el juez, si con ello se garantiza la igualdad de los litigantes, y se evita, en síntesis un innecesario daño al sujeto pasivo, y en cualquier oportunidad al proceso.¹⁸⁹

Esta característica, conectada hasta cierto punto con la provisionalidad ya examinada, implica, por una parte, que el órgano judicial esta en todo caso autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso y, por la otra que el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión tiene la posibilidad de peticionar, en cualquier momento la modificación de la medida decretada.

Es decir, es al Órgano jurisdiccional a quien incumbe la evaluación de todas las circunstancias que el asunto presente para disponer lo concerniente a medidas precautorias que mejor se ajusten a los valores, atendiendo además a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Por lo tanto, partiendo de la directriz que concierne a la materia de las medidas cautelares en torno a que las misma deben circunscribirse a sus justos límites, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y que recepta esta norma, resulta potestativo del juzgador disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla, atendiendo a la importancia del derecho cuya protección se persigue.¹⁹⁰

3.8.7. Brevidad Procedimental

¹⁸⁹ KIELMANNOVICH , Jorge L., Op. Cit., pag 47 y 48.

¹⁹⁰ MARTINEZ BOTOS, R., Op Cit., Pág. 82, 83.

El fundamento de esta rapidez se basa en la urgencia que se desprende de la adopción de medidas cautelares, en cuanto a su función de asegurar; si nos halláramos ante un procedimiento lento, largo y duradero perdería su razón de ser la existencia y posibilidad de adopción de las mismas.

En consecuencia, si el proceso cautelar: “tiene su razón de ser en la duración de los otros dos procesos, no pueden concederse o denegarse las medidas a través de un procedimiento complejo y largo, pues en este caso su realización no tendría sentido”.

3.8.8 Delimitación

La búsqueda de unos caracteres que por resultar inherentes a toda medida cautelar permitan diferenciar a estas de aquellas otras que no son tales, ha sido, y sigue siendo todavía, una autentica constante en las ya numerosas construcciones doctrinales surgidas en torno al análisis de la tutela cautelar.¹⁹¹

Y es que cualquier intento de aproximación al estudio del régimen jurídico de las medidas cautelares tiene que partir de la individualización y del análisis de aquellas notas características que, en todo caso y por el hecho de ser consustanciales a las mismas, deben estar presentes en un determinado instituto jurídico para que pueda atribuírsele una naturaleza cautelar.

Serán esas notas las que, en definitiva, permitirán al aplicador e interprete del derecho, por un lado discernir cuándo se encuentra frente a una medida cautelar y cuándo, por no concurrir dichos elementos

¹⁹¹ CALAMANDREI, quien dedica al respecto gran parte del capítulo “ Criteri per definizione dei provvedimenti cautelari”. De su obra *Introducción a la Providencia Cautelar* 2º Edición, Madrid, 1998, Pág. 1-27. Y últimamente CALDERON CUADRADO, M. *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, 1º Edición, Madrid, 1992. Pág. 33-40.

identificadores, el instituto jurídico analizado alberga una naturaleza diferente; y por otro lado, una vez atribuida a una determinada medida naturaleza jurídica cautelar, la existencia de lagunas legales en su regulación permitirá ser colmada acudiendo al régimen general de las medidas cautelares al que aquella pertenezca, lo que adquiere especial relevancia en aquellos ámbitos procesales donde, como sucede en el que aquel se analiza, el régimen jurídico es escaso, y en todo caso, insuficiente.¹⁹²

Para BALAGER, enuncia las siguientes características de las medidas cautelares:

a) Se ordenan sin oír previamente a la parte contraria (*“INAUDITA PARTE”*). El juez funda su decisión en los hechos que afirma y acredita sumariamente el peticionario; por ello, y a fin de preservar la igualdad de los litigantes se exige que aquel de una “Contracautela” para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pudiese causar a su contraria por haber obtenido la medida abusando o excediéndose en el derecho que la ley le otorga.

b) Son Provisionales. Una vez ordenadas, el juez, mediante recurso de reposición y al oír la contraria, pueden revocar su decisión; lo mismo puede hacer la cámara de apelaciones si al afectado recurre por apelación. También puede ser modificada la medida o deja sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla. A la inversa, la denegatoria no impone que se la decrete posteriormente si varían los hechos o se completan los requisitos para su precedencia.

¹⁹² La importancia de la naturaleza jurídica en la doble vertiente de integración de lagunas y de distinción con institutos afines, es destacada también por CALDERON CUADRADO, M., *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, 1º Edición, Madrid, 1992. Pág. 28- 29.

Para reiterarla o requerir su modificación o cesación debe justificarse que a variado la situación de hecho existente en el momento que le fue denegada o dispuesta, pero el pedido no debe fundarse en error inicial de la decisión, pues en tal caso el peticionario debió recurrir en el momento oportuno.

c) Son Accesorias. En principio no tienen un fin en si mismo. Si fueran ordenadas y hecho efectivas antes del proceso principal y se trata de obligaciones exigibles, la demanda debe interponerse en el plazo de diez días a contar desde su traba, caso contrario se produce la caducidad de pleno derecho de medidas cautelares.¹⁹³

3.8.9. Jurisdiccionalidad

Como es sabido las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad practica de la sentencia que, decidiendo sobre el fondo del litigio pongan fin al proceso, por lo tanto mas que en el interés de los sujetos privados, las medidas cautelares están previstas en el interés de la administración de justicia, de la que garantiza su buen funcionamiento y su buen nombre.

Como sostuvo en su día CALAMDREI las medidas cautelares miran “como las medidas que el derecho inglés comprende bajo la denominación de: contempt of court, a salvaguardar el imperio u idicis, ósea a impedir que la soberania del estado en su más alta expresión que es aquella de la justicia, se reduzca a ser un tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados como la guardia de la opera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.

Siendo esta la finalidad de las medidas cautelares no puede extrañar que la jurisdiccionalidad aparezca como una de las notas que la caracterizan. Además de la adopción de las medidas cautelares, en cuanto implica un

¹⁹³ MARTINEZ BOTOS, R., Op. Cit. Pág. 6.

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, constituye una potestad claramente jurisdiccional y por lo tanto, se encuentra reservada con carácter exclusivo a aquellos órganos que tienen encomendado su ejercicio.¹⁹⁴

De este modo, no solo los juzgado y tribunales integrantes del poder judicial estarán habilitados para acordar medidas cautelares que aseguren la eficacia práctica de sus sentencias; también otros órganos jurisdiccionales situados fuera del mismo, pero ejercientes igualmente de la potestad jurisdiccional, podrán al menos potencialmente tales medidas. T

al es el caso de los denominados tribunales especiales, entre los que por lo aquí interesa se encuentra incluido el tribunal constitucional.

Si a ello se une el hecho de que, dada la vigencia de la nota de instrumentalidad, las medidas cautelares se adoptan en un verdadero proceso, no cabe duda alguna que también la jurisdiccionalidad es una característica común a las medidas cautelares.¹⁹⁵

3.9 PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para que el órgano jurisdiccional pueda adoptar una medida cautelar solicitada por la parte actora de un proceso principal, es necesario que concurren ciertas condiciones o presupuestos que son:

3.9.1. Situación Jurídica Cautelable

Para poder ejercer la tutela cautelar a través de las medidas cautelares correspondientes se hará necesario el determinar la situación jurídica cautelable. Y esta situación jurídica que va a ser objeto de cautela vendrá

¹⁹⁴ SERRA DOMINGUEZ, M, *Teoría General del Derecho*, editorial Universidad, Madrid, 2003 Pág. 19-20.

¹⁹⁵ CHINCHILLA MARIN, C, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, 1ª edición, Madrid, 1991, Pág. 27.

determinada necesariamente por el tipo de pretensión que se esta ejercitando en el proceso principal.

3.9.2 Apariencia de Buen Derecho (*fumus boni iuris*)

Para obtener una sentencia favorable exige la convicción judicial de la existencia cierta del mismo; es el desarrollo del proceso el que va a permitir a su término transformar en su caso, la simple afirmación en certeza. Por tal motivo se regulan las medidas cautelares, con el objeto de asegurar anticipadamente los efectos de la sentencia, pero para su adopción se exige por regla general, que el solicitante acredite el derecho en base al cual tienda su pretensión, es decir, que cuando el solicitante al pedir la concesión de una medida cautelar lo hace afirmando que se encuentra en presencia de una situación jurídica cautelable, sin embargo, la resolución estimando dicha pretensión se va a basar no en la certeza sino en la apariencia, en la verosímil existencia del derecho alegado.¹⁹⁶

Este presupuesto determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va a suponer una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado.

Pero este presupuesto, no puede en absoluto, suponer que tan solo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional a cerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica por tanto una mera

¹⁹⁶ CALDERÓN CUADRADO, María P., *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, Editorial Civitas, España, 1992, Pág. 127-129.

probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esta situación jurídica necesaria de cautela.

Este presupuesto determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va a suponer una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado. Pero este presupuesto, no puede en absoluto, suponer que tan solo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional a cerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica por tanto una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esta situación jurídica necesaria de cautela.

3.9.3 Peligro en la Demora

La procedencia de las medidas cautelares se halla condicionada también a que el interesado acredite el peligro en la demora, esto es, la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria¹⁹⁷.

En este sentido enseña CHIOVENDA que se trata del “temor de un daño jurídico, o un posible derecho”¹⁹⁸.

En materias que conciernen al Derecho Público, se sostiene, como se ha dicho, que debe agregarse a los requisitos usualmente exigidos para la

¹⁹⁷ Ibidem, Pág. 132.

¹⁹⁸ MARTINEZ BOTOS, R., Op. Cit. Pág. 12.

admisión de una medida cautelar, la comprobación de que el peligro en la demora se irreparable en consideración ineludible al interés público comprometido en la litis, pues frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés, de los potenciales afectados y el interés público, debe primar el interés general, así, por ejemplo, cuando se trata de la suspensión de una obra pública, criterio que, por nuestra parte, no compartimos con la generalidad que se predica, por consideraciones que atañen la igualdad de las personas frente a la ley y el proceso.¹⁹⁹

A través de el se pretende afirmar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando haya un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia. Los riesgos pueden ser:

1. Riesgos que amenazarían a la posibilidad práctica de la efectividad de una sentencia en sentido genérico, es decir, por colocarse el demandado en situación de insolvencia. Se trata de aquellos supuestos en los que o bien directamente se ha interpuesto una pretensión pecuniaria o bien ante la imposibilidad de cumplir con la ejecución específica esta va a convertirse en una obligación pecuniaria. En ambos casos el riesgo de insolvencia supondría un claro riesgo de imposibilitar la efectividad de la sentencia.
2. Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica. En el caso de que se tratara de entregar una determinada cosa mueble. Si se hallare dicha cosa mueble por no haber adoptado la correspondiente cautela a lo largo del proceso principal, se tendría que convertir la ejecución específica en una ejecución dineraria.

¹⁹⁹ Ibidem, pag 52 y 53.

3. Riesgos que amenazarán la in efectividad de la ejecución en cuanto que de no adoptarse las medidas cautelares correspondientes, transcurriría el tiempo y llegado el momento de la ejecución de la sentencia que ha acogido la pretensión del actor, este podría encontrarse con una situación irreversible. Así, por ejemplo la venta de una partida de productos en el mercado y su correspondiente adquisición por particulares va a suponer una dificultad de reestablecer la situación al momento anterior por cuanto difícilmente se podrán obtener los productos vendidos a los particulares. Podría pensarse también en una difusión de información, en relación con una determinada empresa, que difiere de la realidad; en estos casos la rectificación tardía va a suponer unas pérdidas al solicitante que, posteriormente, no podrán ser salvadas con la sentencia.

4. Riesgos que amenazan la nulidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia, por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque en el desarrollo del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y este lo ha inscrito a su favor.

Las formas de manifestarse este presupuesto son diversas. Así en unos casos el presupuesto no se expresa en la norma sino que forma parte de la *ratio iuris* de la norma que establece la medida cautelar (como ocurre con la anotación preventiva de la demanda); en otros supuestos se desprende claramente de la norma incluso con circunstancias de peligro expresadas por la norma o mediante otras circunstancias que deben ser valoradas por el juez a efectos de la existencia o no de tal peligro, por ejemplo, cuando existe motivo racional para creer que se ocultaran o malbarataran los bienes en daño de los acreedores²⁰⁰.

²⁰⁰ GAMERO CASADO, E., Op Cit., 102.

3.9.4 Prestación de Fianza por el Solicitante

Desde que el proveimiento de las medidas cautelares se realiza, en líneas generales, sin previa audiencia de la parte afectada, se prevé por la ley, además, se los ya vistos presupuestos de admisibilidad, uno de ejecutabilidad de las medidas cautelares, en la especie, el otorgamiento de una adecuada contracautela, real, personal o juratoria por cuenta de su solicitante, para responder por los daños que podría originar su traba en caso de habérsela requerido excediéndose o abusándose del mismo, incluso por las costas generadas por su producción y que como tal es un recaudo previo a la ejecución de la cautela dispuesta.

Como regla general se establece que el que pretenda la adopción de una medida cautelar y así lo obtenga, deberá presentar fianza suficiente para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es, por ello, revocada.

En relación a la misma hay que afirmar que el derecho a la justicia gratuita no exime de la prestación de esta fianza, como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares. La exención supondría una importante lesión en el interés privado del sujeto pasivo de la medida.

BALAGER²⁰¹, en su obra: "Las Medidas Cautelares"; solo menciona dos presupuestos las cuales son:

1) Verosimilitud del Derecho. Este es un presupuesto básico; no se trata de la certeza absoluta sino de la apariencia de ese derecho (*fumus bonis iuris*: humo de buen derecho). El petionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho que funda su pretensión. En ciertos supuestos, la acción u

²⁰¹ BALAGER, Cesar A. Op. Cit., Pág. 13.

omisión de las partes en el proceso permite presumir que el derecho de su contraria es verosímil.

2) Peligro en la de mora. Señala el interés jurídico del peticionario; constituye la razón de ser de estas medidas. En las obligaciones de dar sumas de dinero, el peligro esta en la eventual insolvencia en que puede caer el deudor; en la petición de condena a dar una cosa, el temor sería que el demandado disponga de la misma.

El peligro puede resultar de la propia cosa a cautelar, cuya guarda o conservación se requiere para asegurar el resultado de la sentencia definitiva²⁰².

3.10 CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares pueden clasificarse según su finalidad en dos grandes grupos²⁰³.

Por un lado, están las que tienen por objeto la tutela de la integridad o valor económico de los bienes, entendida esta expresión en sentido amplio, que a su vez pueden dividirse en medidas para garantizar la ejecución forzada, el mantenimiento de un determinado estado de hecho o de derecho, o ya para otorgar publicidad al litigio.

Por otro lado, se hallan las medidas que tienen por objeto la tutela de la integridad física o moral de las personas y la satisfacción de sus necesidades urgentes.

Por sus efectos, en cambio, pueden clasificarse en medidas cautelares conservativas, en el sentido que apuntan a mantener los estados de

²⁰² Ibidem, Pág. 15-16.

²⁰³ BARONA VILAR, S., Op. Cit., Pág. 24

hecho o de derechos vigentes, al momento que se las solicitan, en medidas cautelares innovativas, vale decir aquellas que compartan contrariamente la modificación de aquellas, verbigracia la pretensión de fijación de alimentos provisorios, la exclusión del hogar conyugal, etc.

Una medida cautelar puede producir ambos efectos; así por ejemplo la medida de innovar, “conservativa” verbigracia respecto de un régimen de visitas pactados, o “innovativas” en torno a la fijación de un nuevo provisorio.

Según, la forma en que se encuentran reguladas en los ordenamientos procesales, cabe hablar de medidas cautelares nominadas, así, el embargo preventivo, la anotación de litis, la inhibición general de bienes, la intervención judicial en su modalidad de recaudación e información, la medida de no innovar, etc., y de medidas cautelares genéricas esto es las que no contempladas específicamente por la ley procesal, así como la prohibición de innovar²⁰⁴.

ALSINA, clasifica las medidas cautelares atendiendo a su finalidad. Conforme a este criterio menciona las conservatorias de prueba, las que aseguran el resultado de la ejecución forzada (embargo preventivo, inhibición, anotación de la litis, e intervención judicial), aquellas sin las cuales podría resultar un daño irreparable (separación de los cónyuges, alimentos provisorios y prohibición de innovar)

Dentro las medidas cautelares se incluyen las cauciones, comprendiendo en ellas no solo a las que se exigen para obtener la ejecución provisoria de un acto, sino también las que deben prestarse a un titulo de contracautela²⁰⁵.

²⁰⁴ SERRA DOMINGUEZ, M, Op. Cit., 28-29

²⁰⁵ BALAGER, Cesar A. Op. Cit., Pág. 16.

COLOMBO, las clasifica según seis puntos totalmente diversos que remiten a sus condiciones de procedibilidad (de peligro abstracto y de peligro concreto), al destino de su efecto jurídico, a su vinculación en cuanto a la promoción del proceso principal, a su voluntariedad y a su fuente.

PODETTI, por su parte, formula una primera clasificación sobre la base de la materia de la medida de que se trate (bienes, pruebas y personas) y luego la integra con otra que se hace cargo de la finalidad de la cautela, con la cual se obtienen tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies.

Medidas Cautelares Nominadas: se refiere a la existencia de normas que en forma clara y precisa regulan la existencia de las medidas cautelares.

Medidas Cautelares Innominadas: Se refiere a que el legislador no ha dispuesto en forma clara y precisa la existencia de los instrumentos a los cuales les da el carácter de tales.

3.11 EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Podemos distinguir, atendiendo a las distintas medidas cautelares, tres tipos de efectos:

3.11.1. Efectos de Aseguramiento

Estos efectos responden a la teoría clásica de las medidas cautelares²⁰⁶ y suponen, como su propio nombre indica, un aseguramiento de la situación, de tal modo que, cuando llegue el momento procesal oportuno para hacer efectiva la sentencia del proceso principal, pueda realmente hacerlo, supuestos típicos de estas medidas cautelares son el embargo preventivo (que produce la sujeción de determinados bienes a la

²⁰⁶ CARRERAS, Joan P., Op. Cit., Pág. 32.

ejecución futura, garantizándola ésta) o la anotación preventiva de demanda.

Estas medidas cautelares con este efecto de aseguramiento no conllevan una satisfacción adelantada de la pretensión deducida en el proceso, sino que obedecen a esta idea de aseguramiento para garantizar la efectividad de la sentencia.²⁰⁷

3.11.2. Efectos de Conservación pero no de Simple Aseguramiento

Se trata de preservar mediante estas medidas el statu quo previo al conflicto, trascendiéndose, sin embargo, el mero efecto de aseguramiento, dado que esa situación que se preserva pudiera suponer asimismo la satisfacción de derechos e intereses de las partes.

3.11.3 Efectos Innovativos y Anticipativos de la Satisfacción de la Pretensión

A través, de estas medidas de las que se predicen los efectos aquí apuntados aún damos un paso más, por cuanto se produce la satisfacción clara de la pretensión antes de que sea resuelta la pretensión en el proceso principal mediante sentencia. Piénsese en los alimentos provisionales en el proceso de filiación.

Cuando se dicte sentencia estimando la pretensión del actor en cuando al reconocimiento de la filiación y el derecho derivado de la misma recibir alimentos, el actor ya habrá satisfecho ese derecho a través de la medida cautelar, que le permite estar percibiendo dichos alimentos mientras se está tramitando el proceso.

²⁰⁷ ORTELLS RAMOS, M, *Derecho Jurisdiccional*, 2ª edición, editorial Alfa, Barcelona, 1986, Pág. 268.

La realidad demuestra que existen supuestos, como el descrito, en el que la medida cautelar anticipativa de la satisfacción responde a un fundamento evidente, cual es la tardanza en la tutela declarativa que lleva a que, de no existir las mismas, se podría producir una verdadera situación injusta.²⁰⁸

3.12. PARTES

3.12.1. Instancia de Parte

Las medidas cautelares solo podrán adoptarse a instancia de parte, y ello no es sino manifestación de la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil.

3.12.2. Capacidad

Nos remitimos a las normas sobre la capacidad de las partes en el proceso declarativo, por cuanto no existe especialidad alguna respecto de la capacidad de las partes al solicitar las medidas cautelares. Por tanto quien tenga capacidad para acceder al proceso principal y para oponerse al mismo, la tendrá también para solicitar y resistir la adopción de una medida cautelar.

3.12.3. Legitimación Activa y Pasiva

Las personas legitimadas activa y pasivamente para solicitar y para soportar la adopción de una medida cautelar en estos procesos, no serán sino aquellas que participan en el proceso principal.

Pero, partiendo de esta premisa, será necesario que tengamos en cuenta además que, para poder estar legitimado activamente para solicitar la tutela cautelar, será necesario el acreditamiento documental de la

²⁰⁸ MARQUEZ DE LA ENSENADA, L, *Las Medidas Cautelares, Consejo General del Poder Judicial*, editorial Universal, Madrid, 1993 Pág., 26 - 28.

situación jurídica cautelable, que ponga de manifiesto no solo la existencia objetiva de la situación sino que además se desprenda de ese acreditamiento de ese acreditamiento (documento o principio de prueba por escrito), la atribución subjetiva de su titularidad activa y pasiva.

3.12.4 Terceros

Quizás el único problema sin resolver sería el de si es posible que un tercero pudiera tomar parte en la tutela cautelar en relación con un proceso principal del que él no es parte (es decir, ni es demandante ni es demandado en el proceso principal).

A pesar de no ser parte en ese proceso principal puede afectado por la adopción de una medida cautelar en ese proceso. El tercero interesado en el proceso principal va a poder intervenir a través de dos manifestaciones del proceso con pluralidad de partes, cuales son la intervención litisconsocial y la intervención adhesiva simple.

A través de la primera un tercero que no es parte en el proceso, va a solicitar el acceso al proceso en base a un interés en el pleito, que se asienta en la afirmación de la cotitularidad

Siendo, a través de la intervención adhesiva simple el tercero también pretende acceder al proceso pero, en este caso, falta el interés basado en la cotitularidad de la relación jurídico material puesta en juego en el proceso; el fundamento de esa intervención se basa en que el tercero es titular de una relación jurídico material, que es distinta de la principal, pero que se va a ver afectada por la resolución del pleito principal, en tanto en cuanto la decisión va a ser hecho constitutivo, impeditivo, o extintivo de su relación.²⁰⁹

²⁰⁹ Ibidem, Pag. 29-31.

Si el tercero accede al proceso por cualquiera de estas dos vías, puede también tomar parte en el proceso cautelar, bien solicitando la adopción de una medida cautelar, bien su modificación, alzamiento, o bien su oposición. Pero solo podrá intervenir en materia cautelar en la medida en que, a través de las formas procesales citadas, deja de ser tercero para convertirse en parte dentro del proceso.²¹⁰

3.12. 5 Procedimiento

No se trata, al estudiar esta actividad procedimental cautelar, de desarrollar todos y cada uno de los actos que se van a realizar en el proceso cautelar. Entendemos que llevaría a fijar unas normas que continuamente irían perdiendo su carácter de generalidad para convertirse en excepcionalidad. Vamos a exponer algunas cuestiones que pueden llegar a suscitarse con carácter general:

a) Solicitud

Anteriormente señalamos la vigencia del principio dispositivo en el proceso cautelar y, por tanto, la necesidad de que este procedimiento tenga, como primer acto, el de la solicitud de la adopción de las medida. Como quiera que ya hemos hecho referencia a los distintos momentos en que pueden adoptarse las medidas cautelares, vamos ahora a determinar plazo para la solicitud de las mismas, no sin antes apuntar que la urgencia que acompaña normalmente a ciertas actuaciones en la regla general de que los actos procesales deben de realizarse en días y horas hábiles.

Si la solicitud de las medidas cautelares se realiza antes de ser interpuesta la demanda principal, en este supuesto el plazo establecido lo es para interponer la demanda principal.

²¹⁰ CARRERAS, Joan P., Op. Cit., Pág. 42.

Presentada la demanda principal puede solicitarse la adopción de las medidas cautelares, bien en la propia demanda o bien posteriormente, ya durante la tramitación del procedimiento o incluso finalizado éste en fase de recursos.

Incluso es posible en algunos casos que se adopten medidas cautelares durante la tramitación del proceso de ejecución, aunque no se esta la regla general, dado que lo normal en estos casos será que se adopten medidas ejecutivas²¹¹.

En cuanto a la forma y contenido de la solicitud hay que tener en cuenta que si se solicita la medida cautelar en cualquiera de los momentos posibles, el objeto de dicha solicitud es distinto del objeto principal. Así, una cosa es la pretensión principal y otra distinta la medida cautelar que trate de garantizar la eficacia del proceso misma.

En ocasiones la adopción de la medida cautelar puede suponer una anticipación de los efectos de la sentencia final del proceso, en cuyo caso podría haber identificación entre la adopción de la medida cautelar y la estimación de la pretensión ejercitada en la demanda.

Si la medida cautelar se solicita antes de la interposición de la demanda, deberá de identificarse claramente a los sujetos activos y pasivo, el órgano al que se dirige el escrito, deberá contener una fundamentación de por que se solicitan las medidas, porque antes de la iniciación del proceso, y naturalmente, deberá de contener el petitorio, en el que con claridad y precisión se determinen las medidas cautelares que quiere la parte solicitante sean adoptadas por el órgano jurisdiccional; sin olvidar la necesidad de la fecha y la firma en la que el escrito se presenta.

²¹¹ MARQUEZ DE LA ENSENADA, L, Op. Cit. 34-35.

Si la medida cautelar se solicita con la demanda, lo normal es que lo sea mediante, “otrosí digo”, en el que habrá que fundamentar los presupuestos de la misma, necesarios para adoptar cada una de las medidas cautelares; los demás requisitos formales se cumplirán en el escrito de la demanda.

b) Contradicción

El principio de contradicción, además de instrumento técnico eficaz para garantizar la exacta aplicación de la ley y la imparcialidad del juzgador, es derecho fundamental de todo ciudadano que interviene en un proceso, manifestación del artículo 11 de la Constitución de la República. Por ello, también cuando se trata de adoptar una medida cautelar, que va a suponer un gravamen o una limitación en la persona o bien de una de las partes, es necesario la contradicción²¹².

Partiendo de esta premisa básica, ha de existir audiencia de la parte contraria. Pero lo que ya no es tan evidente es que la parte que va a soportar la medida deba ser oída previamente a la concesión de la misma, dado el factor “sorpresa” va a contribuir a garantizar mas la función de las medidas cautelares, imponiéndose con ello que el sujeto pasivo de la medida pueda actuar de tal manera que haga ineficaces las mismas.

En todo caso el problema que se plantea es el de determinar si es o no obligatoria la contradicción previa para adoptar, como regla general, las medidas cautelares. Dos son las posibles interpretaciones

- a) Considerar como obligatoria la contradicción previa.
- b) Considerar como discrecional al órgano jurisdiccional la contradicción previa.

²¹² Peña Freire, A., *Las medidas cautelares: Parte Especial*, 1ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 1999, Pág. 77.

La segunda solución supondría la posibilidad de la denominada contradicción diferida, dado que se oiría a la parte contraria después de haberse adoptado la medida cautelar, en cuanto llevaría implícita la adopción de la misma “por sorpresa”, pero supondría también una inseguridad evidente para el que la va a soportar.

Cuando nos encontremos ante la regla general de adoptar la medida cautelar con contradicción previa obligatoria de la parte contraria, tras la solicitud de la medida cautelar por el legitimado activo, deberá darse traslado de la misma al demandado y tras él se procederá a un trámite de comparecencia, en el que se oirá a las partes, especialmente al demandado, el cual podrá formular cuanto desee en oposición a la solicitud del actor, básicamente aquella que va referida a la falta de presupuestos de la medida cautelar, a la suficiencia del acreditamiento documental..., e incluso podrá solicitar el demandado que se sustituya la medida cautelar por la prestación de una fianza.

En el supuesto especial del peligro grave e inminente las medidas cautelares se adoptan sin dar traslado a la parte contraria, lo que significa que la contradicción en estos casos no es previa sino diferida, con posibilidad, una vez adoptada la medida cautelar, de plantear los medios de impugnación correspondiente contra la decisión jurisdiccional²¹³.

c) Tramitación Preferente.

La adopción de las medidas cautelares va a suponer normalmente la tramitación de un procedimiento breve al que habrá de darse, según podemos desprender de los preceptos reguladores de las medidas cautelares, un carácter preferente.

²¹³ Ibidem, Pág. 79.

En realidad vamos a encontrarnos muchos supuestos en los que nada se dice de dicha tramitación preferente, pero se desprende, por así decirlo, de propio espíritu de la ley. Y existen supuestos en los que expresamente se hace mención de esta tramitación preferente en el procedimiento para la adopción de la medida cautelar.

d) Prueba

En realidad no puede hablarse efectivamente de procedimiento probatorio, por cuanto dada la tramitación preferente para adoptar las medidas cautelares, y dada la rapidez de los mismos, no estamos ante una fase probatoria en su estricto sentido²¹⁴.

Sin embargo se trata de una posibilidad de adoptar documentos que acrediten la justificación de la medida, o la no justificación en los supuestos en que exista contradicción previa obligatoria.

Si lo lógico es que el actor presente el acreditamiento o el principio de prueba por escrito para que se adopte la medida cautelar, también, en el caso de que se produzca la contradicción del demandado, este presentará junto con sus alegaciones la prueba acreditamiento que estime conveniente para derribar el presupuesto del peligro en la demora y la suficiencia de fianza.²¹⁵

²¹⁴ CALDERÓN CUADRADO, M., Op. Cit., Pág. 163.

²¹⁵ Ibidem, Pág. 166.

CAPITULO IV

LA VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES TRIBUTARIAS

4.1 VULNERACIÓN

Al realizar un análisis exhaustivo de la vulneración de la presunción de inocencia en el procedimiento de las medidas cautelares tributarias. Se debe partir del significado de vulneración, proveniente del latín vulneratio onis; es decir, un quebrantamiento de un precepto legal. Daños, perjuicios, herir.²¹⁶

Vulneración: acción o efecto de vulnerar. Lesión, pese a la defensa material opuesta. Impacto positivo en la persona o cosa.²¹⁷

Vulnerable: susceptible de herida o lesión; por tanto, todo hombre o mujer, moralmente, quien, por su antecedentes poco ejemplares, puede ser objeto de censura que lo incapaciten para el ejercicio de ciertos cargos o que resulta blancos de las criticas, ante la opinión publica, si pretende competir con los moralmente sanos.

La vulneración en el aspecto tributario es una acción que puede o no. Cometer la administración tributaria cuando quebranta una ley o apeándose a ley violentan derechos constitucionalmente reconocidos al contribuyente, ya que esa ley que aplica el funcionario publico a adolece de vicios de inconstitucionalidad²¹⁸.

²¹⁶ DE SANTOS, Victor, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas Sociales y Economía, 3ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, Pág. 973.

²¹⁷ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, 21 Edición, Editorial, Heliasta, Buenos Aires, 2006, Pág. 448.

²¹⁸ Definiendo el Código Tributario, Art. 38 como contribuyente “quienes realizan o respecto de los cuales se verifica el hecho generador de la obligación tributaria”. Con respecto a las obligaciones, se regula lo siguiente: “Los contribuyentes están obligados al pago de los tributos y al cumplimiento de las obligaciones formales establecidas por este Código o por las Leyes tributarias respectivas, así como al pago de las multas e intereses a que haya lugar”. Art. 39 C.T.

4.2 LA VIOLACIÓN DE LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE ESTABLECE EL CÓDIGO TRIBUTARIO VIGENTE.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 176, 177, 178, del Código Tributario²¹⁹, establece cuales son las medidas precautorias aplicables en los procesos de fiscalización, inspección e investigación y control ejecutados por la Administración Tributaria.

El artículo 12 inc. 1° de la Constitución de la República, que literalmente establece: *"Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa."*

Así mismo, el principio de presunción de inocencia se encuentra regulado en instrumentos internacionales tales como: artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14.2 de el Pacto

²¹⁹ “En ejercicio de las facultades de fiscalización, inspección, investigación y control, con el fin de garantizar el interés del Fisco en lo que concierne a la percepción oportuna e íntegra de los tributos, al igual que para prevenir un perjuicio eventual del mismo, la Administración Tributaria podrá solicitar a través del Fiscal General de la República, al juez correspondiente las siguientes medidas precautorias, según resulten apropiadas a las circunstancias del caso: El allanamiento y registro de las oficinas, establecimientos de comercio, imprentas, locales, consultorios, domicilios particulares, bodegas, lugares de producción, transporte o comercialización o sitios análogos, a efecto de realizar secuestro de documentación, libros y registros contables, especiales o relativos al Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios que constituyan elementos de prueba útiles para llevar a cabo el proceso de fiscalización, inspección, investigación y control... La documentación, libros y registros secuestrados quedarán a la orden del juez que autorizó la ejecución de las medidas precautorias; la Administración Tributaria, podrá examinar y obtener las pruebas respectivas previa autorización del juez. Concluido el examen y recabadas que fueran las pruebas, se solicitará al Juez, a través del Fiscal General de la República que sean devueltas al sujeto con que se le aplicaron las medidas precautorias”. Art.176 C.T.

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos²²⁰

En consideración la Sala de lo Constitucional, se ha expresado o siguiente: “En cuanto a la violación de la presunción de inocencia y de la Normativa Internacional referente a la presunción de inocencia de una persona, que aún cuando se haya decretado la medida cautelar de la detención provisional, la presunción de inocencia se mantiene hasta la pronunciación de la sentencia definitiva, y esa restricción a la libertad es por razones de seguridad en el proceso, sin que el juicio sea previo. No dejando por fuera el presupuesto del periculum in mora, de acuerdo a la naturaleza del delito”²²¹

Así, de la presunción de inocencia puede decirse que es el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo del proceso penal; por ello ha sido entendida como garantía básica del mismo. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad, una condena anticipada y que conlleven para el imputado la carga de probar su inocencia.

Por otro lado, al entender la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, se parte de la idea de que el inculpado es inocente y por tanto deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del

²²⁰ “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad las siguientes garantías: Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete; Comunicación previa de su acusación; Medios adecuados para la preparación de su defensa; Derecho a ser asistido por un defensor por parte del Estado; Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; Ser absuelto por una sentencia firme y no ser juzgado dos veces por la misma causa; y en el caso de juicio penal deberá ser público”. Art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

²²¹ SENTENCIA, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref.250-98 con fecha 09/06/98.

proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en penas anticipadas para el procesado.

En este sentido, la presunción de inocencia tendría una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que se establezca la necesidad de estas y que quede de manifiesto la finalidad perseguida, esto es la de aseguramiento de los fines del proceso.

Así mismo, la presunción de inocencia puede ser entendida como regla de juicio del proceso, regla que se refiere a que la prueba completa sobre la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación ya que siendo la presunción de inocencia un status jurídico del que goza una persona es totalmente indispensable que el acusador en virtud del principio de necesidad de la prueba tenga la obligación de aportar la prueba que acredita su pretensión, de tal forma sino aporta la prueba o la acredita de forma insuficiente para determinar la certeza de la conducta atribuida del procesado debe de imponerse la absolución ante la existencia de dudas sobre la culpabilidad del imputado²²².

²²² “De lo anterior se deduce que toda condena debe ir precedida de lo que esta Sala ha dado en denominar *mínima actividad probatoria*, las que deben de merecer el concepto jurídico de prueba y ser constitucionalmente legítimas; sin perder de vista, claro está, que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia o de la no participación en los hechos que se le atribuyen. En razón de ello es que las presunciones legales de culpabilidad son inconstitucionales, ya que al establecer los presupuestos por medio de los cuales se atribuye a una persona la culpabilidad de un hecho delictivo, se traslada la carga de la prueba de manera ilegítima al inculpado, obligándolo a que asuma una defensa activa dentro del proceso penal, lo que sin lugar a dudas debe ser realizado por la parte acusadora, en virtud de ser ella quien debe probar la imputación. No obstante lo expuesto, esta Sala ha considerado, que no existe vulneración a la presunción de inocencia cuando la utilización de presunciones de culpabilidad se acompaña de una mínima actividad probatoria en la que se deje de manifiesto que la resolución dictada por el juez no obedece en exclusiva a lo mandado por el legislador, sino a elementos objetivos que lo llevan a considerar que una persona es con probabilidad autor o participe de un hecho delictivo o en su caso culpable de la realización del mismo”; es así que en la sentencia de amparo número 317/ 318/ 410/ 412 Ac. de fecha 26/08/1998, se determinó: “ninguna persona natural o jurídica puede verse privada de algún derecho, dentro de un proceso o procedimiento, por aplicaciones automáticas de presunciones de culpabilidad, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se

Se configura una violación a la presunción de inocencia, por ejemplo en el derecho fundamental de libertad. Haciendo referencia a la compatibilidad existente entre la presunción de inocencia y la adopción de medidas cautelares restrictivas o privativas de libertad; esto en virtud que las resoluciones que ordenan la detención provisional, deben incorporar una motivación necesaria que permita desentrañar que las mismas son impuestas como una excepción, pues al constituir la libertad la regla general²²³.

Sobre la presunción de inocencia, es importante señalar que las líneas jurisprudenciales sostiene que "toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona –natural o jurídicas puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’"²²⁴.

Aún cuando tal disposición se refiere a delitos, jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y reconocida por la Sala de lo contencioso administrativo, extiende el principio de Presunción de Inocencia a toda suerte de infracciones, ya fueren penales, tributarias o administrativas. De acuerdo a estos criterios, no pueden establecerse sanciones de ningún tipo si no hubiere culpa, si no se probare la culpabilidad de la persona, en lo que debe considerarse también que los principios del derecho penal son aplicables en su totalidad al derecho administrativo sancionador .

Por estas razones consideramos que en la aplicación de las medidas precautorias tributarias se violenta la Presunción de Inocencia, en virtud

acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad”. Ref. 75-2002.

²²³ Sentencia, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 45-2004.

²²⁴ Ibidem.

de que la administración tributaria puede solicitar por medio del fiscal general la aplicación de una medida precautoria cuando el contribuyente no preste colaboración para la fiscalización, inspección e investigación por parte de la administración tributaria, sin ser escuchado primeramente los motivos por los cuales el contribuyente no presta colaboración, no se le da oportunidad al sujeto pasivo, además es necesario establecer la culpa del contribuyente.

De acuerdo a sentencias dictadas en reiteradas ocasiones por la sala de lo Contencioso Administrativo "solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de las mismas, y a quienes se compruebe dicho vínculo de culpabilidad, no siendo aceptable la potestad sancionadora basada en el mero incumplimiento de la norma".

El estado de inocencia es al mismo tiempo una garantía, y mas aún, un derecho individual que le corresponde al individuo, y del cual goza aún antes de iniciarse cualquier tipo de proceso, ya sea jurisdiccional o Administrativo.

Por eso, este Principio desde su origen se ha enunciado como una garantía a la libertad individual, para detener abusos de quienes reiteradamente lo irrespetan, en la que se favorece y fortalece la Seguridad Jurídica de cada ciudadano. Se considera como un estado, en el que el individuo es inocente hasta que; haya sentencia firme condenatoria; lo que ocurre es que se trata de un derecho fundamental de la persona, le es innato y le pertenece siempre, y lo que la ley hace es presumir, su inocencia reconociéndola legalmente. Siendo como tal un estado, en el que la ley presume legalmente

Esta garantía constitucional, ejercida tanto en el ámbito penal como administrativo está considerada como la más elemental. Según lo explica

DANIEL O" DONNELL²²⁵, de la "Comisión Andina de Juristas", "la cuestión del respeto de la presunción de inocencia, se plantea en la legislación y las prácticas de los tribunales nacionales principalmente en lo que respecta a la prueba". Condena si no se tiene la certeza sobre la culpabilidad y se extiende a todo estado subjetivo del juzgador que no sea de certeza afirmativa.

El derecho a la presunción de inocencia, se desprende del principio *in dubio pro reo*, el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

Una vez consagrado constitucionalmente el derecho a la presunción de inocencia, ha dejado de ser un puro principio general del Derecho para convertirse en un derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata²²⁶.

Tal presunción es sólo *iuris tantum*, de manera que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, pero para tal desvirtuación es necesaria una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que, de algún modo, pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del imputado.

El principio *in dubio pro reo* significa que la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia, Por ello, en caso de duda, de incertidumbre cuando no exista una certeza absoluta de la culpabilidad, hay que resolver en favor del imputado. "Este principio jurisprudencial pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria y se ha de aplicar cuando, habiendo prueba, exista una duda

²²⁵ CÁRDENAS, Raúl A., La Presunción de Inocencia como Garantía Fundamental, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004, Pág. 65.

²²⁶ Ibidem, Pág. 68.

racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate”²²⁷.

El derecho a la presunción de inocencia, en cambio, supone que exista falta absoluta de pruebas o que las practicadas no han reunido los requisitos o garantías procesales.

Esta garantía releva al imputado de la obligación de demostrar su inculpabilidad, por tanto será el Órgano Jurisdiccional o la Administración Pública la encargada de perseguir. A sí, como también quien deberá demostrar su responsabilidad en el hecho que se le imputa.

El legislador reitera que ese estado de inocencia rige mientras una sentencia condenatoria no lo desvirtúe y además, dispone el trato como inocente para la persona objeto del proceso²²⁸.

En conexión con este principio se encuentra el de Garantía de Audiencia²²⁹, tan importante como la presunción de inocencia de un imputado es el respeto a un debido proceso y a su defensa dentro del mismo, por parte de las autoridades del Estado.

A nuestro juicio, el derecho de audiencia se podría considerar como un derecho constitucional procesal de contenido complejo, su observancia es exigible, atendiendo a la estructura del proceso, en diferentes etapas de su conformación. Lo anterior resulta aplicable a todas las instancias y medios impugnativos, de acuerdo con el contenido de las pretensiones

²²⁷ SENTENCIA, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 1072-2002 de fecha 27/06/2003.

²²⁸ “...Se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”. Art. 12 Constitución.

²²⁹ “Ninguna persona puede ser privada... sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...”. Art. 11 Constitución.

que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a éstas de fundamento.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, manifiesta que "la presunción de inocencia posee tres significados claramente diferenciados, a saber: a) como garantía básica del proceso penal; b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y c) como regla relativa a la prueba.

Sobre la presunción de inocencia, es importante señalar que las líneas jurisprudenciales sostiene que: "toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona –natural o jurídicas puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’"²³⁰.

La finalidad de garantizar, no vulneración de la presunción de inocencia y del derecho de defensa de la persona que se encuentre detenida o que se presuma culpable de algún delito; parte de la idea que el inculpado, es inocente mientras no exista sentencia condenatoria que establezca lo contrario.

Consideramos que al no regular el Código Tributario, un procedimiento que regule la aplicación de la medidas cautelares Tributarias se violenta la presunción de inocencia, el debido proceso y por ende la garantía de audiencia que posee toda persona.

²³⁰ SENTENCIA, de Hábeas Corpus ref. 248-2002 de fecha 13/03/2003.

La Garantía comprende cuatro dimensiones:

- a) Derecho de Defensa: significa el derecho que tiene toda persona que se le atribuya un hecho sancionado por la ley, a que este pueda controvertir lo que se le acusa, de manera oportuna y eficaz en el proceso. Es decir que las partes aseguran la posibilidad de sostener con argumentos su respectiva pretensión y resistencia, y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya formulado; posibilitando mediante la contradicción, la oportunidad de defenderse en el proceso.
- b) Aportación de Prueba: lo que se pretende es la acreditación legal de los hechos...
- c) Procedimientos regulados: la regulación de un procedimiento previamente establecido para la aplicación de una sanción o multa.
- d) Principio de Juez Natural: es que la ley con anterioridad del hecho deber haber establecido la persona idónea que deba de conocer del hecho.

Estas dimensiones sirven de base para determinar que una persona es considerada inocente o culpable de lo que se acusa²³¹.

Al desarrollar las garantías, tales como; la Garantía de Audiencia y logramos concretizar que ésta, se interrelaciona con al presunción de inocencia. Ya que ambas pretenden, limitar el poder del Estado sobre el gobernado y de esa manera evitar que se cometan abusos; o de alguna manera no se aplique la justicia.

Observamos que en las medidas precautorias reguladas en el Código Tributario, se violenta la presunción de inocencia en virtud de no establecer un procedimiento mediante el cual se regule las garantías

²³¹ SENTENCIA, de Hábeas Corpus ref. 266-2002 de fecha 22/04/2003.

constitucionales del debido proceso, tales como; el derecho de defensa, el cual no aparece regulado en la aplicación de las medidas, ya que no se le da la oportunidad al contribuyente o administrado que pueda controvertir lo que la Administración Tributaria pretende, el establecimiento de un plazo determinado para la imposición de las mismas; al regular las etapas en que se pueden aplicar.

Así mismo, la presunción de inocencia en cuanto las medidas precautorias se aplican tratando al administrado como responsable o culpable de la acción que le acusa la Administración Tributaria., lo que implica una sanción anticipada sin haberse roto el status de inocencia, es decir al no regularse ningún procedimiento que le de oportunidad al contribuyente de desvirtuar los presupuestos que generan la aplicación de medidas precautorias estas se convierten en una medida automáticamente aplicadas, convirtiéndose en una sanción anticipada sin haberse destruido el status de inocencia.

Al no establecer un procedimiento el Código Tributario para la aplicación de las medidas cautelares, lo que se genera es la formulación de varias hipótesis que conllevan a dudas, no pudiendo originarse una sola hipótesis que lleve a la certeza de participación del contribuyente en el hecho para determinar su culpabilidad o su inocencia.

Además, para efectos de imponer una Medida Precautoria establecida en el Código Tributario²³² correspondiente, tendrá que concurrir el elemento dolo, culpa o negligencia en la conducta del agente infractor, el cual deberá ser establecido mediante la valoración que del caso haga la oficina administradora tributaria pues es preciso tomar en consideración, que en la infracción tributaria deben concurrir dos elementos para su apreciación: un elemento subjetivo, la voluntad consistente en el propósito del sujeto pasivo obligado a cumplir las normas exigidas por la

²³² Art. 176, Código Tributario.

ley, y un elemento objetivo, tal es el incumplimiento material del precepto. Y agrega, "no debe sancionarse al agente infractor por aquella conducta que aun estando tipificada como infracción no presente en su configuración el principio inexcusable de culpabilidad"

Conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, el derecho de audiencia puede verse desde un doble enfoque a saber: "a) desde la inexistencia de proceso o procedimiento previo, o b) desde el incumplimiento de formalidades de trascendencia constitucional que necesariamente han de respetarse en el mismo. En el primer supuesto la cuestión queda clara, en tanto que la inexistencia de proceso o procedimiento da lugar, habiendo existido la necesidad de seguirlo, a la advertencia directa e inmediata de la violación a la Constitución. En el segundo supuesto, sin embargo, es necesario analizar el por qué de la vulneración alegada pese a la existencia de un proceso, el fundamento de la violación y específicamente el acto que se estima fue la concreción de ella. Ahora bien, si la violación se suscita en el proceso, ésta puede ser por acción u omisión del juzgador"²³³.

La razón de la existencia de la función cautelar, radica en que no sirve para procurar a uno de los litigantes una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución; al contrario, evita que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes; se trata, pues, del factor duración del tiempo y del hecho, en relación con las mutaciones de una situación.

²³³ cuando injustificadamente se impide al gobernado hacer uso de los recursos legalmente previstos, se violenta, como corolario, el derecho de audiencia. Esto por las consecuentes posibilidades de defensa que ofrece el ser oído y vencido en juicio cuando sea procedente. Y es que, al estar legalmente consagrada la posibilidad de un segundo examen de la cuestión –otro grado de conocimiento, negar la misma sin basamento constitucional supondría no observar derechos de similar índole. Ref. 988-2002 de fecha 03/06/2003.

Es preciso señalar, que las medidas cautelares cual es el caso de la suspensión ordenada en el desarrollo del procedimiento sancionatorio parten de una base común, siendo la probable existencia de un derecho amenazado *fumus boni iuris* y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento *periculum in mora*.

Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en un hecho punible. La exigencia de ese presupuesto material requiere la observancia dos especialidades: 1) desde un punto formal se necesita mas de un indicio racional de criminalidad, es decir que se concrete en la existencia de elementos o razones de juicio fundados en hechos fundamentados por la investigación y que permitan concluir, de manera provisional la participación o autoría del hecho punible. 2) desde un punto de vista material, se precisa que el hecho punible sea constitutivo de sanción. Que contenga una afirmación, clara precisa y circunstanciada del hecho concreto y la relevancia jurídica del mismo. Al establecer un enlace con el *Periculum in Mora*, se fundamenta en el peligro de fuga del acusado, teniendo como finalidad esencial la garantizar su presencia en proceso²³⁴.

.Las medidas cautelares se rigen por el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aun su revocación siempre que se altere el estado sustancial de los datos sobre los cuales se adoptó, y por ello calificar tal modificación y tomar la consecuente decisión de mantener o no la providencia aseguratoria, correspondiente a la autoridad que la adoptó por su necesaria inmediación con el caso llevado a su conocimiento y con los presupuestos que particularmente le condicionaron a decretarla.

²³⁴ SENTENCIA, de Hábeas Corpus ref. 250- 2002 de fecha 11/02/2003.

El principio rebus sic stantibus²³⁵, depende el que, denegada una medida cautelar, ello no pueda evitar que se inste y conceda (esta vez sí) en torno al mismo asunto, siempre que el estado de los hechos se hubiese modificado. Es por eso, que son susceptibles de alteración, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus"; por su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó.

El proceso cautelar mas que hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso. Es por eso que, consideramos están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, en el que se asegura la eficacia práctica de la resolución definitiva del proceso.

4.3 INOBSERVANCIA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA SALVADOREÑA.

Las medidas cautelares se caracterizan principalmente por su carácter de instrumentalidad, provisionalidad, urgentes, susceptibles de alteración²³⁶.

Con su Instrumentalidad, están preordenadas, en general a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad; esto es, que más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tienen en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva.

En cuanto a su provisionalidad, en la que tienen una duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución sobre el fondo del asunto.

²³⁵ SENTENCIA, de Amparo ref. 255-2003 de fecha 22/05/2003

²³⁶ SENTENCIA, de Amparo ref. 1311-2002 de fecha 04/03/2003.

El carácter de urgentes, se basa en que no basta su pronunciamiento, sobre la idea de peligro, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveerlas rápidamente, el peligro se transformaría en realidad trayendo como consecuencia posible, una sentencia condenatoria al individuo.

En cuanto a su extinción a término o plazo, es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal. Por ser consideradas accesorias al proceso, una vez es resuelta la causa principal que motiva el proceso se prescinden de éstas.

Son susceptibles de alteración variable y aun revocable, siempre al principio de rebus sic stantibus, cabe su modificación en cuanto se altere su estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó. Sea por aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo, o disminución del fumus bonis iuris.

En conclusión las medidas cautelares no surten efecto de cosa juzgada, por su instrumentalidad, su variabilidad, y su provisionalidad, de manera que la decisión que las adopta o rechaza puede ser revisada o modificada por el tribunal²³⁷.

La no regulación de un debido proceso, su forma automática de aplicación y la no provisionalidad de las medidas cautelares tributaria, desvirtúan las mismas, en el sentido que sostenemos que no está regulada la provisionalidad, porque no se establece una audiencia posterior de la imposición de tales medidas; como en otras materias que se aplican de manera provisional y después se convocan a las partes a una audiencia para su ratificación o modificación.

²³⁷ SENTENCIA, de Amparo ref. 164- 2003 de fecha 11/03/2003.

Y al ser aplicadas de forma automática se violenta la presunción de inocencia porque no se le da la oportunidad al contribuyente que en un debido proceso pueda hacer uso de las garantías constitucionales que se establecen para la tramitación de todo proceso.

Además, el estado de inocencia del administrado no se garantiza, desde el momento en que la administración tributaria impone de forma arbitraria y coercitiva tales medidas. Vulnerando así su inocencia; en virtud que la administración tributaria asume su culpabilidad en la infracción tributaria y por otra parte podemos afirmar que se quebranta su derecho de defensa, al no establecer una etapa procesal que le permita aportar prueba a su favor.

Al no existir en el Código Tributario, una regulación en particular sobre el proceso aplicación de las medidas cautelares; tendríamos en la realidad jurídica una inaplicabilidad de las mismas por medio de un amparo o un habeas corpus; por tal aseveración, consideramos que debería de reformarse o en su caso derogarse de la legislación vigente los artículos que se refieren a las mismas.

Se violenta la presunción de inocencia y la garantía de audiencia porque el Código tributario en los artículos 176,177,178; no regula un procedimiento en el cual se aseguren todas las garantías del debido proceso como el derecho de defensa, aportación de pruebas, derecho a un procedimiento previamente establecido por la ley que reúna las garantías mínimas procedimentales, así mismo no se le da la oportunidad al contribuyente la oportunidad de desvirtuar las presupuestos que motivaron dichas medidas precautorias, en este sentido es indispensable que existiera un procedimiento en el que, se le de audiencia al contribuyente para que éste, trate de desvirtuar la existencia de motivos que generan la aplicación de dichas medidas, en todo caso éstas, en un principio tendrían que ser aplicadas temporalmente.

Es decir, en un lapso de tres días antes de dar audiencia al contribuyente y definir en dicha audiencia si se continua con la aplicación de estas después de haber oído al contribuyente y de esa forma hasta tener un sentencia definitiva en el caso, así mismo la ausencia de un procedimiento que establezca la posibilidad de modificar o anular las medidas precautorias impuestas cuando los presupuestos que las motivaron desvanezcan o desaparezcan, esto debido al carácter de mutables que tienen las medidas precautoria como características en razón de ello es que podemos decir que existe una clara violación de la presunción de inocencia por parte del código tributario al regular medidas precautorias sin acompañarlas de todas las garantías de todo el debido proceso legal, ya que para la destrucción del status de inocencia es totalmente indispensable la concurrencia de las debidas garantías procesales, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente, lo que genera una aplicación automática de dichas medidas lo que es igual a anticipar la sanción del contribuyente.

CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Después de investigar y analizar la eficacia de la Presunción de inocencia en las medidas cautelares tributarias. Establecidas en la Legislación Tributaria salvadoreña, se han obtenido las siguientes conclusiones:

Se ha concluido que el Derecho Administrativo Tributario Salvadoreño, cuenta con una legislación con ciertos vacíos de ley y por otra parte esto genera que los aplicadores del derecho, en este caso los funcionarios de Dirección General de Impuestos Internos; al aplicar las medidas vulneren las garantías fundamentales de los contribuyentes, específicamente en la presunción de inocencia.

La Administración Tributaria no cuenta con estrategias adecuadas y suficientes para divulgar los derechos y deberes de los contribuyentes, lo que provoca que el contribuyente desconozca las medidas cautelares pertinentes; que deben ser aplicadas para garantizar la presunción de inocencia durante un procedimiento tributario.

Al contribuyente se le violenta la presunción de inocencia, cuando la administración tributaria de forma automática, aplica la norma tributaria; razón por la cual se limita así, el derecho de defensa que tiene todo contribuyente.

Se violenta la presunción de inocencia y la garantía de audiencia porque el Código tributario en los artículos que hacen referencia a las medidas precautorias; no regula un procedimiento en el cual se aseguren todas las garantías del debido proceso como el derecho de defensa, aportación de pruebas, derecho a un procedimiento previamente establecido por la ley que reúna las garantías mínimas procedimentales.

5.2 RECOMENDACIONES

Se recomienda a La Administración Tributaria, brindar la información científica, tal como la legislación aplicable en cuanto a medidas cautelares, que de alguna manera beneficien al contribuyente y se le garantice su Presunción de Inocencia en un procedimiento que la Administración ejecute contra el contribuyente.

Mediante la aplicación de las medidas cautelares en materia tributaria, la actuación de la Dirección General de Impuestos Internos, deberá ser apegada a la legalidad y como ente administrativo está obligado al estricto cumplimiento de la Constitución y de las leyes tributarias correspondientes a cada caso en particular.

Se recomienda una reforma o derogación al Código Tributario, referida a la regulación del procedimiento de la aplicación de las medidas cautelares tributarias, para garantizarle al contribuyente la aplicación de medidas cautelares, en donde no se vulnere su Presunción de Inocencia, así como, también la garantía de audiencia, por parte de la Administración Tributaria.

El legislador debe crear una norma que regule el procedimiento en el que, se le de audiencia al contribuyente para que éste, trate de desvirtuar la existencia de motivos que generan la aplicación de dichas medidas, en todo caso éstas, en un principio tendrían que ser aplicadas temporalmente.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ABAGNANO, N. Diccionario de la Filosofía, México, Fondo de la Cultura Económica, 1965.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y Otros, Curso de Derecho Civil, los Bienes y los Derechos Reales, 3ª Edición. Editorial Nacimiento, Chile, 1974.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., Curso de Derecho Civil: Las Obligaciones en General, Tomo III, editorial Vona., 1986.

ARROYO ZAPATERO, C., La Presunción y la Prueba en el proceso Penal, 2ª edición, Editorial PPU, Salamanca, 1987.

BALAGER, Cesar A., Medidas Cautelares, 1ª Edición, Editorial Tiran lo banch, Sevilla, 2002.

BARONA VILAR, S., Las Medidas Cautelares en el Derecho, Edición Avanzada, editorial Minero, Buenos Aires, 2001.

BAZDRESH, Luís C., Garantías Constitucionales, Segunda Edición, Editorial Centenal, España, 1998.

BECCARIA, Cesar, Tratado de los Delitos y de las Penas, Prologo y traducción de Constancio Bernardo de Quirós, Editorial José M. Cajica, Pueblas, México, 1965.

BELISARIO VILLEGAS, Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1972..

BERTRAD GALINDO, Francisco, y otros, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Segunda Edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1996.

BLUMENSTEIN, Eduard D., Sistema di Diritto delle Imposte, Giuffrè, Milano, 1954.

BURGOA, Ignacio E., La Garantías Individuales, 21º Edición, Editorial Porrúa, México, 1988..

CABANELLAS, Guillermo y ALCALA ZAMORA, Luís, “Presunción” Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual 12ª Edición, Buenos Aires 1979.

CAFFERATTA NORES, J.; La Prueba en el Proceso Penal, editorial De Palma, Buenos Aires, 1998.

CALDERÓN CUADRADO, María P., Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Editorial Civitas, España, 1992.

CARNELUTTI, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1997.

CARRARA, Francisco P., Programa de Derecho Criminal, Volumen II, Tercera edición, Corregida, Bogota, Editorial Temis, S.A., 1979.

CARRERAS, Joan P., Las Medidas Cautelares, 9ª edición, Editorial Nueva, Salamanca, 1998.

CASADO PÉREZ, J., Código Procesal Penal Comentado, Edición actualizada y Anotada Jurisprudencialmente, Tomo II, San Salvador, 2004.

CHINCHILLA MARIN, C, La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa, 1ª edición, Madrid, 1991.

CLARA OLMEDO, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Faro, México, 2001,

CORTEZ DOMINGUEZ, M., Ordenamiento Tributario Español, Madrid, 1977

COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal, 3ª Edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1977.

D ALBORA, Francisco J, Código Procesal Penal de la Nación, editorial Lexis nexos, Sevilla, 2002.

D'AMATI, Incola M., Derecho Tributario, Teoría y Crítica, 1ªEd. Derecho financiero, Madrid, 1989.

FLORIAN, Eugenio, De las Pruebas Penales, tomo II, Tercera reimpresión, de la 3ª Edición, Bogota, Editorial Temis, S.A., 1998.

FOLCO, Carlos M., Procedimiento Tributario, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás, Lógica de las Pruebas en materia criminal, Tercera reimpresión, de la Cuarta Edición, Tomo II, Bogota, Editorial Temis, S. A., 1997.

FRYDMAN, Patric, La Obligación Tributaria frente a la Administración Pública, 1ª edición, Editorial Universal, Buenos Aires, 2003.

GAMERO CASADO, E., Derecho Administrativo Monografía, Consejo Nacional de la Judicatura, 2001,

GARCÍA VIZCANO, C., Derecho Tributario, Tomo I, Editorial de Palma, Buenos Aires. 1997..

GIANNINI, A., I Concetti fondamentali, Editorial Pazzotti, Nápoles, 1958.

GIMENO SENDRA, V. y Otros, Derecho Procesal Penal, Tomo II, tercera edición, Editorial Tiran lo blanch, Valencia, España, 1989.

GIULIANI FONROUGE, C., Derecho Financiero, Edi. Desalma, 1970,
GRIZIOTTI, Benvenuto, Principios de la Política Financiera, Madrid España, 29ª Ed., 1975.

INGROSSO, Gustavo, Diritto Finanziario, Ed. Jovene, Nápoles, 1954.

JARACH, Dino, Curso Superior de Derecho Tributario, Liceo Profesional Cima, Milán, 1969.

JOAN PICO, J., Las Garantías Constitucionales del Proceso, 1ª edición, Edit Blosh, Barcelona, 2003.

KIELMANOVICH, JORGE L. Medidas cautelares, edición 2000, Valencia,

LUQUE, Juan Carlos, Obligaciones Tributarias, Buenos Aires, 1969.

MARQUEZ DE LA ENSENADA, L, Las Medidas Cautelares, Consejo General del Poder Judicial, editorial Universal, Madrid, 1993.

MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, Derecho Financiero y Tributario: Normas Básicas, 19ª Edición, Madrid, 2006.

MORANGE, Jean C., Derecho Financiero y Tributario, Paris, 1985.

Muñoz Conde, G., Derecho Penal, Parte General, 1ª edición, Editorial Tirran lo blanch, Valencia, 2003.

ORTELLS RAMOS, M, Derecho Jurisdiccional, 2ª edición, editorial Alfa, Barcelona, 1986.

ORTELLS RAMOS, M., El Embargo Preventivo, Barcelona, 3ª edición, 1984.

PEREZ DAUDI, V., Las Medidas Cautelares en el proceso de propiedad industrial, Editorial vlex, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, Aníbal, Derecho Tributario Municipal, 1ª Edición, Bogota, 2004.

RIVAS, Jaime C., La Jurisdicción Anticipatorio, Ponencia Presentada en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995

RODRIGUEZ, Alfonso Orlando, La Presunción de Inocencia, Principios Universales, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, Colombia, 2001.

RODRIGUEZ, Cesar Roberto y otros, Limitaciones Legales y Doctrinarias en la Aplicación de Medidas Cautelares sustitutivas de la Detención Provisional, Editorial Mundo, Valencia, 1999.

RUBIANES, Carlos A., Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.

SAINZ DE BUJANDA, F., Nacimiento de la Obligación Tributaria, Hacienda y Derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1978.

SALDAÑA MAGALLANES, A., Curso Elemental sobre Derecho Tributario, 2007.

SERRA DOMINGUEZ, M, Teoría General del Derecho, editorial Universidad, Madrid, 2003.

SERRA DOMINGUEZ, M: Las Medidas Cautelares, 1ª edición, Editorial Universidad, Madrid, 2001.

TESO GAMELLA, P., Fuentes Históricas del Derecho Tributario, 1ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

URIARTE, Luís Mario, El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada, 2004.

VECINA SIFUENTES, J., Las Medidas Cautelares en los Procesos ante el Tribunal Constitucional, editorial Universal, Madrid, 2000.

VELEZ NARICONDE, A., Derecho Procesal Penal, Primera Edición, Editorial Unión, Chile, 2003,

ZAMORA PIERCE, Jesús, Garantías del Proceso Penal, Editorial Porrúa, México, 1996.

TESIS

ABARCA, Luís Amparo y otros, Eficacia de las Medidas Cautelares de Carácter Patrimonial contempladas en la Ley Procesal de Familia, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2000.

ALVARENGA CLAROS, K. y otras, Análisis Crítico de la Tutela Cautelar en el Proceso de Inconstitucionalidad Salvadoreño, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2008.

BOLAÑOS BELTRÁN, H. y Otros, La Presunción de Inocencia en el procedimiento de liquidación oficiosa, Tesis presentada para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2008.

MERINO GONZÁLEZ, S. y otros El procedimiento de Liquidación Oficiosa, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 2003.

OLIVA SALINAS, M., La violación de la Presunción de Inocencia por parte de los Medios de Comunicación social, tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, 1995.

LEGISLACIÓN

Constitución de la Republica de El Salvador, D.C. S/N, del 15 de diciembre de 1983, Publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Código Civil, D.E. S/N, del 23 de agosto de 1859, D.L. N° 512, del 11 de noviembre del 2004, publicado en el D.O, N° 236, Tomo 365, del 17 de diciembre del 2004.

Código Tributario, D.L.N° 230 del 14 de Diciembre de 2000, que entró en vigencia el 1 de enero del año 2001.

Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos, D.L. N° 451 del 22 de marzo de 1990, D.O. N° 56, Tomo 306 del 7 de marzo de 1990.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, D.L. N° 134, del 18 de diciembre de 1991, Diario Oficial N° 242, Tomo 313, del 21 de diciembre de 1991.

LEGISLACION INTERNACIONAL

Carta de las Naciones Unidas, D.L. 134, del 12 de julio 1945, Diario Oficial N° 191, Tomo N° 139, del 4 de septiembre de 1945.

Convención Americana de Derechos Humanos, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, D.O. N° 100, Tomo N° 142, del de mayo de 1947.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (XXX), de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA, de Amparo ref. 1311-2002 de fecha 04/03/2003.

SENTENCIA, de Amparo ref. 255-2003 de fecha 22/05/2003

SENTENCIA, de Hàbeas Corpus ref. 248-2002 de fecha 13/03/2003.

SENTENCIA, de Hàbeas Corpus ref. 250- 2002 de fecha 11/02/2003.

SENTENCIA, de Hàbeas Corpus ref. 266-2002 de fecha 22/04/2003

SENTENCIA, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 1072-2002 de fecha 27/06/2003

SENTENCIA, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref.250-98 con fecha 09/06/98.

SENTENCIA, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 45-2004

SENTENCIA, Sala de lo Constitucional, del 12 de abril de 2007, ref. 128-06

SENTENCIA, Sala de lo Constitucional, del 26 de octubre de 2000, ref. 67-99

SENTENCIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 13 de octubre de 2008, ref. 59-05

SENTENCIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de octubre de 2000, ref. 66-H-99

SENTENCIA, Tribunal Constitucional Español, de mayo 11 de 2009, ref. 109

SENTENCIA, Tribunal Constitucional Español, de mayo 11 de 2009, ref. 108

SENTENCIA, Tribunal Supremo Español, de diciembre 21 de 1983, ref. 124.