

EL PELIGRO DE IRREVERSIBILIDAD COMO SUPUESTO RESTRICTIVO DE LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL BOLIVIANO

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Magistrado por el Departamento de La Paz

Tribunal Supremo de Justicia



1. Antecedentes.

En el antiguo régimen procesal boliviano, vigente desde el 6 de octubre de 1976, se tenía a las medidas precautorias, cuya función era la de asegurar la ejecución de la sentencia en caso de ser favorable la pretensión que hubiere postulado el demandante.

El Código de Procedimiento Civil de 1976, en el artículo 156, tipificaba a las medidas precautorias (hoy conocidas como medidas cautelares) a la anotación preventiva, embargo preventivo, secuestro, intervención, prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

Asimismo, en el artículo 169 describía a otras medidas cautelares con el texto de que el interesado, en caso de que tuviere motivo fundado para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento de su derecho, este (bien material o inmaterial) pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, pueda solicitar las medidas urgentes, según las circunstancias.

Con esta descripción se calificaba al sistema de medidas precautorias, como un sistema abierto, dando la posibilidad a litigante de plantear otras medidas cautelares, que generalmente no se las aceptaba, por la falta de desarrollo doctrinal, haciendo que en la mayoría de las peticiones sea rechazada. En la mayoría de los casos, los operadores judiciales otorgaban derecho precautorio únicamente en la tipificación descrita por el Código de Procedimiento Civil.

2. Implementación legislativa

Actualmente, con la implementación de un nuevo sistema procesal, desarrollado con la Ley Nro. 439, de 19 de noviembre de 2013, vigente desde febrero de 2016, en la estructura del mismo se aprecia que el legislador vio por conveniente establecer un procedimiento específico para las medidas cautelares, dentro de la cual también efectúa una tipificación de las medidas cautelares desde el artículo 325 al 337 y también deja abierta la posibilidad de que el litigante pueda plantear otras medidas cautelares a efectos de hacer valer su pretensión preventiva o cautelar, tal aspecto se encuentra desarrollado en el artículo 325 con el *nomen iuris* de medidas cautelares genéricas.

Establecido el sistema normativo -Código Procesal Civil- dentro del sistema cautelar se tiene a las **medidas provisionales y anticipadas**, descrito en el artículo 316 del actual Código Procesal Civil, con el texto siguiente:

“1. La autoridad judicial podrá disponer las medidas provisionales que correspondan o en su caso, anticipar la realización de determinadas diligencias para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, un perjuicio grave o de difícil reparación, o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

II. La autoridad judicial, a petición de parte o de oficio, también podrá disponer, como medida provisional anticipada, el remate de bienes que se hubieren embargado o que en general se encontraren sometidos a medidas cautelares, cualquiera que fuere la materia del proceso, y que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse, o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

III. La autoridad judicial, en estos casos, dispondrá se haga el depósito judicial del producto”.

El precedente de este instituto de medidas provisionales y anticipadas, tiene su precedente en el artículo 171 del abrogado Código de Procedimiento Civil, la cual, por su nomenclatura normativa, no permitía desarrollar lo que actualmente se implementa como medidas provisionales y anticipadas, la misma sana la insuficiencia normativa que contenida el anterior Código de Procedimiento Civil, en la que señalaba a la existencia de peligro de pérdida o desvalorización de muebles afectados o de difícil conservación de bienes.

3. Ámbito de función de la medida anticipada (interpretación)

La inclusión del sistema de medidas provisionales y anticipadas, describe que la autoridad judicial podrá disponer las medidas provisionales que correspondan o en su caso, anticipar la realización de determinadas diligencias, antes de la sentencia, para evitar que se cause a la parte un perjuicio grave o de difícil reparación, o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

Asimismo, el operador judicial, a petición de parte o de oficio, también podrá disponer, como medida provisional anticipada, el remate de bienes que se hubieren embargado o que en general se encontraren sometidos a medidas cautelares, cualquiera que fuere la materia del proceso, y que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse, o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

En la doctrina se tienen las tutelas anticipadas y las medidas anticipadas como una especie de medidas cautelares; ambas buscan anticipar la realización de determinadas diligencias, antes de la sentencia, para evitar que se cause a la parte un perjuicio grave o de difícil reparación. En la tutela anticipada se entiende que es la otorgación de un derecho, o sea, se anticipa el derecho; en cambio, en la medida anticipada se la tramita como una medida cautelar.

En la doctrina del derecho procesal civil, el sistema tradicional describe que la medida cautelar, por su urgencia, se la tramita sin la participación de la otra parte, o sea, no cumple el rol de la bilateralidad del proceso, esto hace que la perspectiva del derecho cautelar o preventivo sea cumplida a efectos de asegurar la ejecución de la sentencia.

En el derecho comparado algunos textos normativos, como el brasileño¹, describen a la medida anticipada del sistema boliviano como una tutela anticipada, se lo tramita como un procedimiento de cognición breve y con el conocimiento de la otra parte (demandado), la doctrina la denomina como “*tutela primaria satisfactiva*” y el sistema legislativo brasileño la describe como tutela de urgencia, en este procedimiento se desarrolla en función del principio de bilateralidad, y está sujeto a una revisión, o sea, dicho procedimiento en los términos de ese Código, puede generar una resolución estable, terminología de resolución ejecutoriada, en la praxis boliviana.

En el caso del sistema uruguayo, se tiene el Código General del Proceso², en la que se encuentra descrita como una especie de medida cautelar. Este sistema procesal señala que las medidas cautelares (anotación de litis, embargo

¹ <http://www.iapl.org/images/PDF/Didier-Jr--CPC-brasileiro-em-Espanhol-1ed-eBook.pdf>

² <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>

y otros), se la tramita sin el conocimiento de la parte contraria; y en el caso de las medidas provisionales (medidas anticipadas) sí se las tramita con conocimiento de la contraparte.

En el caso del sistema boliviano, el legislador lo ha incorporado en el capítulo pertinente al proceso cautelar, situado en las disposiciones generales del proceso cautelar, sin embargo, no distingue a las medidas provisionales y anticipadas de las medidas cautelares, las refiere en las disposiciones generales del proceso cautelar, esto hace que su tratamiento sea el consignado para todas las medidas cautelares.

La falta de precisión normativa, pese a que hasta el presente no ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, con motivo de alguna acción de defensa (amparo constitucional), ha generado varios sentidos en su interpretación, una de ellas es que la medida anticipada solo puede ocurrir luego de haberse generado o aplicado las medidas cautelares específicas.

Otra versión radica en que la medida puede ser aplicada y efectuarse las diligencias, manteniendo el producto de la misma en regencia de la autoridad judicial.

La forma de tramitar la medida anticipada no se encuentra descrita con precisión en el Código Procesal Civil boliviano, la tendencia mayoritaria de los procesalistas nacionales asume que la medida anticipada debe ser tramitadas en la forma prevista para las medidas cautelares genéricas.

Mucho depende de la finalidad que se asimila sobre las medidas anticipadas. Pues si la postura de la medida anticipada, la retiene la autoridad judicial, aguardando las resultados del fondo del proceso, obviamente que no existe afectación grave en el patrimonio del demandado, la afectación es mínima en cuanto a la posibilidad de disponer un bien. *A contrario sensu*, se tiene otra perspectiva de la medida anticipada, en la que sí debe sanear el perjuicio causado al demandante, esto quiere decir que el producto de la medida anticipada irá a beneficiar la afectación causada al demandante, sea por una relación jurídica contractual o extracontractual.

El tenor de los supuestos que describe la primera parte del artículo 316 del Código Procesal Civil boliviano, faculta realizar diligencia para evitar que se cause un perjuicio grave e irreparable a la parte. La última parte del precepto cita describe que en el caso anterior dispondrá se haga efectivo el depósito judicial. Esta frase es la que genera una restricción a la efectividad del primer apartado, cual es el de evitar a la parte un perjuicio grave o irreparable. Puesto que la primera parte señala efectuar diligencia con la finalidad de evitar un perjuicio grave e irreparable a la parte y la última parte describe que se haga el depósito judicial del producto. No señala que el depósito tenga que ser en favor de la parte que ha obtenido la medida anticipada a su favor.

Por lo que, surge la hipótesis en sentido de que **¿Cómo debe entenderse la diligencia anticipada, debe ser resguardada por el Juez u otorgada al perjudicado? ¿La medida anticipada puede sanear el perjuicio latente que adolece el damnificado de la relación jurídica?**

La respuesta para unos es que el precepto analizado (artículo 316.I CPC) refiere sobre la situación de ciertos bienes que estuvieren cerca de perecer, descomponerse o depreciarse, si esa fuese la respuesta para el primer apartado, estaría por demás la segunda parte que el mismo artículo 316 del Código señala para los casos de perecimiento o depreciación de la cosa respecto a las cuales se autoriza el remate de esos bienes. Entonces, la respuesta no resulta adecuada para el supuesto descrito en la primera parte.

Entonces, se tiene dos posturas para determinar la finalidad que describe la medida anticipada, si puede o no sanear el perjuicio que es inminente o si el peligro está latente.

El efecto que se pretende con una medida anticipada puede variar de acuerdo a cada caso, para tal caso corresponde desarrollar un ejemplo similar al contenido fáctico de un hecho acontecido en la República de Argentina, cual es:

Para ello corresponde invocar el ejemplo similar al desarrollado en la jurisprudencia argentina con motivo de otorgar una medida anticipada:

Sucede que un ciudadano es atropellado por un vehículo conducido por una persona en estado de ebriedad, este fallece en el suceso (el vehículo no tiene SOAT - Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito). Por lo que queda descartado abrir el proceso penal, y correspondió al ciudadano damnificado abrir el proceso civil para buscar la reparación del daño moral. El damnificado tiene lesiones en su integridad física y los galenos recomiendan efectuar una cirugía a la brevedad posible. La víctima del accidente requiere de dinero para cubrir su operación, y solicita llevar a remate los bienes que tuvo el conductor fallecido para cubrir los gastos médicos.

En la tesis de que el dinero rematado debería quedar bajo la regencia del Juez, no podría entregarse ese dinero en favor del damnificado, hasta tanto la sentencia favorable no sea emitida. El sustento de esta postura se encuentra en la última parte del artículo 316 que señala que el juez dispondrá se haga el depósito judicial del producto. Se entiende que el dinero debe quedar bajo la regencia del Juez.

A contrario sensu, se tiene la otra postura en sentido de que la diligencia anticipada sí debería cubrir los gastos de la cirugía, puesto que la finalidad que tiene la primera parte es precisamente efectuar las diligencias con la finalidad de evitar un perjuicio grave y de difícil reparación. El fundamento para esta postura es que, la finalidad que señala la medida anticipada es precisamente anticipar el derecho, evita que se genere o se consolide un daño grave y de difícil reparación para la parte.

Cuando es el propio demandante quien solicita la medida anticipada de que se le pague anticipadamente el monto de la cirugía, se abre debate en sentido de que tal acogimiento puede ser considerado como una medida anticipada regulada por el artículo 316 del Código Procesal Civil boliviano o, por el contrario, es una de las formas de “tutela anticipada” de anticipación de derecho que no está regulado en el Código boliviano.

De acuerdo al estudio realizado por las doctrinarias Etel-Gonzales en el trabajo el “proceso urgente”³, reconoce a tres tipos principales de mecanismos diferenciados: 1) las medidas cautelares que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que está preordenadas al dictado de una revisión definitiva y al resultado que aseguran preventivamente; 2) la medida auto satisfactiva definida como el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con la concesión de tal medida, sin que sea necesario la iniciación de una ulterior acción principal para evitar la caducidad de la medida auto satisfactiva; y, 3) la tutela anticipatoria, la que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

El desarrollo normativo descrito en la primera parte del artículo 316 del Código boliviano, describe que la medida anticipada permite al juez diligenciar determinados actos, con el propósito de evitar a la parte un perjuicio grave o de

³ <http://www.sajj.gob.ar/laura-etel-papo-tutela-anticipada-dacf080019-2006-09/123456789-0abc-defg9100-80fcanirtcod#>

difícil reparación. Si esta es la nomenclatura empleada por el legislador boliviano, se entiende que nos encontramos en el tercer supuesto que describen Etel-Gonzales, en el trabajo apuntado precedentemente.

Corresponde enfatizar que la normativa introducida no es precisa en cuanto a la ejecución de una medida anticipada, sobre el particular corresponde hacer cita de lo que Federico Carpi⁴ citado por Augusto M. Morello, menciona sobre la implementación de normas, cuando señala que el pluralismo de la oferta -legislativa- es positivo, si está encaminado a garantizar las posiciones de los débiles, la realización de los derechos fundamentales y de la persona, por la urgencia en las situaciones particulares, cuando el proceso ordinario se revela inútil.

Sobre esa concepción doctrinaria se entiende que la medida anticipada en la primera parte del artículo 316 del Código boliviano, sí puede aplicarse a evitar el perjuicio grave de damnificado. Puesto que cumple con la finalidad que el citado precepto normativo señala, cual es la de evitar un perjuicio grave o de difícil reparación.

Postura doctrinaria que se acepta en función de una interpretación teleológica del artículo 316 de Código Procesal Civil, puesto que la norma describe que la medida anticipada tiene la finalidad de evitar un perjuicio grave o de difícil reparación del damnificado. Y esa situación es la que debe efectivizarse.

En el escenario de la seguridad jurídica, se puede apreciar que el obligado o demandado se vería perjudicado con la medida anticipada dispuesta en el artículo 316 de Código Procesal Civil, puesto que el Juez está afectando el patrimonio del demandado al disponer de sus bienes en beneficio del demandante. Tanto la norma constitucional boliviana como la convencional, contenida en diferentes instrumentos internacionales, señalan que nadie puede ser condenado, sin ser previamente oído y vencido en juicio.

Frente a tales preceptos, se entendería que la tutela anticipada es una sentencia anticipada que vulnera el derecho a la defensa de una persona sometida a juicio, ya que prescinde del derecho a la defensa y omite regentar el proceso en función del principio de bilateralidad.

Esta observación tiene sustento constitucional y convencional; puesto que, al efectuarse un acto de disposición de un bien, se suprime una parte o el total del patrimonio del que va a ser demandado en beneficio del demandante.

Por lo que, para sanear esta deficiencia, lo que corresponde es efectuar una interpretación sistemática y conforme a la Constitución e instrumentos internacionales que forman parte de los derechos fundamentales. Asumiendo que la medida anticipada, cuando tenga una postura de anticipar un derecho, como es el caso de hacerse efectivo el pago de una cirugía, no podrá tramitársela como el procedimiento cautelar regular, o sea, no se la tramitará de manera unilateral. Lo cual obligaría al Juez a prescindir dicho procedimiento para calificar el trámite como un incidente, sujeto al principio de bilateralidad.

Es importante considerar el principio de bilateralidad para este supuesto cuando se trata de disponer del patrimonio del demandado, obviamente que para ello debe estar plenamente justificada la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, que de acuerdo con el Código deben ser acreditados documentalmente; al margen de otros requisitos como el de la proporcionalidad y de la posibilidad jurídica.

El hacer efectivo el principio de bilateralidad tiene un papel relevante en la aplicación de la medida anticipada, puesto que con ella el demandado o el obligado a reparar el daño podrá hacer valer su oposición alegando la existencia del peligro de la irreversibilidad de la medida dispuesta, la cual podrá ser acreditado no solo respecto a la situación

particular de la improcedencia o exceso del riesgo latente en el perjudicado (demandante), sino también podrá demostrar o establecer indicios o factores que inhiban la responsabilidad del demandado, o sea, demostrar las cláusulas exoneratorias de responsabilidad civil, pese a que la misma es de conocimiento del fondo del proceso, sin embargo, la misma tiene una incidencia directa en la acreditación de la verosimilitud del derecho (presupuesto de la medida cautelar).

En consecuencia, por el peligro de irreversibilidad de la decisión, se entiende que la medida anticipada dispuesta ya no podrá volver a su estado anterior, caso para el cual podrá acreditarse de acuerdo a los supuestos que hacen a las causas de justificación que hacen inviable la reparación civil.

El fundamento para tal aspecto tiene su fuente en que el demandado no puede sufrir una condena anticipada sin previo juicio o sin previa defensa. Lo que obliga al Juez a considerar el derecho comparado, caso para el cual se tiene el referente brasileño que, en su codificación del sistema procesal civil, en el apartado tercero del artículo 300, describe que la tutela de urgencia de naturaleza anticipada no será concedida cuando haya peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

4. Conclusión

1. La medida anticipada descrita en el artículo 316 de Código Procesal Civil boliviano, puede evitar un perjuicio grave e irreparable al damnificado de una relación jurídica.
2. La medida anticipada, cuando conlleva un acto de disposición del patrimonio de la parte obligada o del responsable civil, debe ser tramitado en función del principio de bilateralidad.