

**UNIVERSIDAD MAYOR, REAL Y PONTIFICIA DE SAN FRANCISCO XAVIER
DE CHUQUISACA**

VICERRECTORADO

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



**“MEDIDAS CAUTELARES PRESENTADAS ANTES DE LA DEMANDA Y EL
EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA”**

**TRABAJO QUE SE PRESENTA EN OPCIÓN A
DIPLOMADO EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

PRIMERA VERSIÓN – MODALIDAD VIRTUAL

NAYRA VANESSA ALATA CARMONA

SUCRE – BOLIVIA

2023

CESIÓN DE DERECHOS

Al presentar esta Monografía como uno de los requisitos previos para la obtención del Diplomado en Derecho Civil y Procesal Civil de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, dependiente de la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, autorizo a la Facultad citada, al Centro de Estudios de Postgrado e Investigación o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Asimismo, manifiesto mi acuerdo en que se utilice como material productivo dentro del Reglamento de Ciencia y Tecnología, siempre y cuando esta utilización no suponga ganancia económica potencial.

También cedo a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, dependiente de la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca y al Centro de Estudios de Postgrado e Investigación los derechos de publicación de esta Monografía o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor/a, hasta por un período de 30 meses después de su aprobación.

Nayra Vanessa Alata Carmona

DEDICATORIA

*A mis padres y hermanos, quienes han sido un pilar fundamental
para mi formación académica y profesional dándome su ayuda
incondicional en todo momento.*

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la fortaleza de seguir y no decaer en el camino elegido.

A la familia Aguilera por darme su apoyo incondicional en todo momento.

A la USFX por brindarme la oportunidad de enriquecer mi conocimiento,

INDICE GENERAL

1. Antecedentes	3
2. Justificación	5
3. Situación Problemática	6
3.1. Pregunta de investigación.....	6
4. Objetivos	6
4.1. Objetivo General	6
4.2. Objetivos específicos	6
5. Diseño metodológico	6
5.1. Tipo y enfoque de investigación	6
5.2. Métodos.....	7
5.3. Técnicas de investigación.....	8
CAPITULO 1	9
MARCO TEÓRICO	9
1.1. MARCO CONCEPTUAL	9
1.1.1. Las medidas cautelares	9
1.1.2. La demanda como inicio del proceso civil	10
1.1.3. Las partes en el proceso civil.....	10
1.1.4. Garantías y Derechos Fundamentales	11
1.1.5. El derecho a la defensa.....	13
1.2. MARCO CONTEXTUAL	14
1.1.6. El derecho a la defensa desde la convencionalidad	14
1.1.7. El derecho a la defensa en la Constitución Política del Estado	15
1.1.8. Las medidas cautelares en el Código Procesal Civil.....	16
1.1.9. Las medidas cautelares en el derecho comparado.....	17
1.1.10. El derecho a la defensa en la jurisprudencia constitucional.....	19
Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0811/2023-S1 de 12 de julio, estableció que:	19
CAPITULO II	21
INFORMACIÓN Y DATOS OBTENIDOS	21
2.1. Resultados de la encuesta	21
2.1.1. Conclusiones de la encuesta.....	23
CAPITULO III	26

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN	26
CONCLUSIONES	26
RECOMENDACIONES	27
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	28
ANEXOS	29

RESUMEN

La normativa adjetiva civil, regula a partir del art. 310 el proceso cautelar, reglamentando la posibilidad de que la persona que vaya a interponer una demanda pueda requerir la aplicación de medidas a efectos de garantizar la efectividad de una futura sentencia; sin embargo, dicho proceso, se instaura y resuelve unilateralmente, es decir, sin la participación del cautelado, quien ve limitado su derecho a la defensa al no ser siquiera notificado con la solicitud de medidas cautelares.

Por ello, es que el presente estudio, partió con el objetivo de determinar la efectividad del procedimiento de las medidas cautelares presentadas antes de la demanda, en la oportuna y efectiva protección del derecho a la defensa, sirviéndose para ello de un tipo de investigación descriptivo, que sustentado por el método de revisión bibliográfica y la aplicación de encuestas, permitió concluir que tal aspecto es evidente, lesionándose el derecho a la defensa del cautelado, pese a ser este derecho parte del bloque de constitucionalidad y que requiere de especial atención por las autoridades judiciales responsables de conocer el proceso civil.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, trajo consigo una percepción nueva respecto a la administración de justicia, encontrándonos con un modelo, que evade el legalismo o formalismo y exige que la justicia se desenvuelva considerando que existe una norma fundamental que regula toda la actividad estatal, pero más allá de ello, esta norma suprema, reconoció la existencia de un bloque de constitucionalidad que en tema de derechos humanos, garantiza con especial atención los derechos ahí dispuestos.

Entonces, el derecho a la defensa, encuentra esa categoría al establecerse y regularse tanto constitucional como convencionalmente, por lo que ningún proceso, sea este judicial o administrativo, puede limitar el alcance del mismo; sin embargo, el estudio de las medidas cautelares en materia procesal civil, específicamente las que son presentadas antes de la interposición de la demanda, demuestran una evidente lesión a aquel derecho fundamental, puesto que pese a denominarse su regulación como “proceso cautelar” no se encuentra en ellas la participación de la parte sobre la cual se impondrá la medida, aspecto que se constituye el objeto de análisis del presente estudio.

Para ello, el presente trabajo se desarrollará a partir de un análisis descriptivo de la situación jurídica que sirviéndose de un enfoque mixto encontrará en la aplicación de una encuesta y la revisión bibliográfica el alcance y veracidad del daño que se puede estar generando a la parte sobre la cual se aplican las medidas cautelares.

Y para ello, la presente monografía, en principio explicará la metodología usada para alcanzar el objetivo principal planteado, posteriormente, se ingresará al diseño del marco teórico, en donde a través de un marco conceptual y contextual se desglosará todo el parámetro en el cual se desenvuelve el problema, posteriormente se ejecutará una sistematización de todos los datos obtenidos en la recolección de datos, para finalmente en una etapa de análisis y discusión, poder sustentar a modo de conclusión si la problemática planteada es evidente y si el objeto de estudio fue cumplido.

1. Antecedentes

El análisis del alcance de las medidas cautelares, mereció desde la promulgación de la ley 439 una serie de estudios por tratadistas bolivianos, como es el caso de Silvia Barahona Vilar, quien en su obra denominada “El proceso cautelar en el nuevo código procesal civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos” señaló que cualquier juez que pueda asumir la competencia en materia cautelar, podría construir su proceso cautelar desde las normas que conforman el proceso civil declarativo y, por tanto, asumiendo una necesidad, en todo caso, de cumplir con la contradicción, aunque sea diferida, esto es, otorgando la posibilidad mediante una audiencia, postmedida, al demandado, para que pueda defenderse frente a la medida adoptada, la no justificación de los presupuestos alegados por el actor en su demanda, la petición de variación de la medida por otra, etc. Esto es, en suma, el ejercicio del derecho de defensa que debe garantizarse en todo proceso que sea tal proceso y en el que necesariamente se respeten los principios de dualidad de posiciones (demandante y demandado), principio de contradicción (sea previa o diferida) y principio de igualdad (otorgando a las partes en el proceso los mismos derechos, las mismas cargas y las mismas obligaciones). Otra posición la vemos absolutamente indefendible. No obstante, animamos al legislador a clarificar esta posición e integrar siquiera sea unas reglas procedimentales que permitan garantizar a ambas partes los mismos derechos. (Vilar, 2015).

Como se observa, tal estudio ya realizó una crítica al sistema desarrollado para el análisis de las medidas cautelares presentadas antes de la demanda, observando que el mismo diseña un sistema con la falta de participación del demandado o sobre la persona sobre la cual se asumirán las medidas anticipadas, incumpliendo con el principio de contradicción e igualdad de partes.

Por otra parte, se observa también el estudio desarrollado por el abogado Emerciano Meras Durán, quien en su estudio denominado “La efectividad de las medidas provisionales anticipadas en la oportuna y efectiva protección de los derechos e intereses legítimos por el juez” tras desarrollar un análisis comparado de las medidas cautelares en materia procesal civil, con las legislaciones argentina y brasilera concluyó que: la efectividad de las medidas provisionales y anticipadas está supeditada a la destreza del juez e importancia del derecho y en función de los intereses legítimos del justiciable que se deba proteger oportunamente. (Durán, 2017). Agregando que se requiere de una adecuada fundamentación y motivación de la resolución con la finalidad de que se pueda garantizar

de forma idónea los derechos de las partes involucradas o sobre las cuales se vaya a adoptar la medida.

Es decir, el referido autor, establece que la única forma de determinar adecuadamente las medidas cautelares previas a la demanda, se encuentra supeditada a la idoneidad de la labor jurisdiccional, estableciendo, que los parámetros normativos son limitados a efectos de garantizar una resolución con adecuada fundamentación y motivación que garantice el derecho de las partes involucradas.

Ahora bien, el Jurista Jofre Asdrubal Columba, en su escrito denominado “Cooperación judicial en materia cautelar en el nuevo Código de Procedimiento Civil Boliviano” desarrollando un análisis de las medidas cautelares explicó que la petición de dichas medidas contendrá el fundamento de hecho de la medida y la determinación de la medida y sus alcances, aclarando que las medidas serán ordenadas cuando la autoridad judicial estime que son indispensables para la protección del derecho siempre que exista peligro de perjuicio o frustración del mismo por la demora del peligro y verificando la verosimilitud del derecho y el peligro de perjuicio. En estos casos deberá el peticionante demostrar documentalmente su interés, sin necesidad de prueba plena. Al tratarse de un proceso sumario y de falta de contradicción se exige acreditar un alto grado de probabilidad, denominada como “posibilidad razonable”; es decir, tener certeza sobre la verdad del derecho o pretensión deducida en el proceso. Este requisito en la doctrina se llama “fumus bonis iuris”. A momento de otorgar la medida se debe sopesar las circunstancias, en caso de duda se otorgará la medida cautelar, apuntando por una credibilidad objetiva, descartando posibles pretensiones infundadas, temerarias o muy dificultosas. (Asdrubal, 2020)

El referido autor, permite entender la complejidad que requiere el análisis de una solicitud de medidas cautelares previas a la demanda, considerando los elementos de credibilidad objetiva, una adecuada fundamentación y motivación de la pretensión, debiendo descartar la autoridad judicial pretensiones que pudieran resultar temerarias o dificultosas; observando en consecuencia, que esta complejidad surge precisamente ante la falta de participación de la parte demandada, quien no puede asumir una defensa inmediata en relación a sus derechos que podrían verse afectados, esto, en razón a que la decisión es asumida en atención a una sola de las partes procesales o más precisamente del solicitante.

2. Justificación

Con los antecedentes descritos, se observa la necesidad de abarcar el desarrollo del derecho a la defensa ante el planteamiento de medidas cautelares presentadas antes de la demanda, considerando que la regulación establecida en el código procesal civil, permite al Juez resolver las mismas al solo planteamiento, sin permitir que la parte sobre la cual se emite la medida, asuma defensa inmediata; es decir, omite considerar que el derecho a la defensa no puede postergarse, puesto que cada parte procesal tiene derechos garantizados y su modificación aunque por mandato judicial, debe encontrarse limitada a ellos; en consecuencia, el presente estudio significará un importante aporte teórico, puesto que desglosará los alcances del instituto de las medidas cautelares y su relación con el derecho a la defensa, garantizado por la norma constitucional y el bloque de constitucionalidad.

El presente estudio, además, encuentra su relevancia, en los efectos que generará en la administración de justicia civil, puesto que no puede dejarse de lado, que las medidas cautelares, de conformidad a la confección del Código Procesal Civil, tienen un alcance genérico; es decir, si bien existen medidas nominadas y reguladas, se otorga a la autoridad judicial la posibilidad de aplicar cualquier otra medida a efectos de precautar los derechos de los solicitantes y por ello, es preciso que cualquier decisión asumida se rijan dentro de los parámetros del derecho a la defensa, a efectos de evitar la lesión a derechos como la propiedad u otros.

Ahora bien, el presente estudio, encuentra su novedad en el análisis realizado en la vinculación entre la tramitación de las medidas cautelares con el derecho a la defensa desde un enfoque garantista, que encuentra la necesidad de precautar derechos fundamentales como base para el desarrollo de la conducta humana, considerando, además, el principio de convencionalidad que en el modelo de estado, busca el desarrollo social a partir de las disposiciones desarrolladas por tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Por lo descrito, es que es preciso efectuar el presente estudio, considerando la necesidad de precautar derechos de las partes que se sumarán en un litigio civil a efectos de que el Estado boliviano, administrando justicia, pueda manifestarse de forma idónea garantizando que el proceso cumplirá con los parámetros exigidos por el marco normativo civil y los principios constitucionales.

3. Situación Problemática

El procedimiento para la aplicación de medidas cautelares presentadas antes de la demanda se desarrolla sin la participación de la parte sobre la cual se aplicarán las medidas cautelares, estableciendo la normativa adjetiva civil, que ante la presentación de la solicitud de aplicación de medidas cautelares, la autoridad judicial emitirá resolución de forma inmediata, es decir, sin prestar audiencia o correr en traslado a la parte afectada, aspecto que impide que el mismo pueda ejercer defensa oportuna en resguardo del ejercicio de sus derechos, puesto que la parte afectada no tomará conocimiento de medida hasta después que la misma se hubiera efectivizado.

3.1. Pregunta de investigación

¿El procedimiento para la aplicación de medidas cautelares antes de la presentación de la demanda, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa?

4. Objetivos

4.1. Objetivo General

Determinar la efectividad del procedimiento de las medidas cautelares presentadas antes de la demanda, en la oportuna y efectiva protección del derecho a la defensa.

4.2. Objetivos específicos

- Identificar las características de las medidas cautelares presentadas antes de la demanda.
- Describir los efectos de las medidas cautelares ante su interposición previa a la demanda, con relación a las partes procesales.
- Explorar el alcance normativo, jurisprudencial y convencional del derecho a la defensa.

5. Diseño metodológico

5.1. Tipo y enfoque de investigación

El tipo de estudio que se usará para la presente investigación es el descriptivo, mismo que fue entendido, como aquel que, trabaja sobre realidades de hecho y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Esta puede incluir los siguientes tipos de estudios: Encuestas, Casos, Exploratorios, Causales, De Desarrollo, Predictivos, De Conjuntos, De Correlación (Grajales, 2000).

Además, sobre dicho tipo de investigación se indicó que: Es una investigación de segundo nivel, inicial, cuyo objetivo principal es recopilar datos e informaciones sobre las características, propiedades, aspectos o dimensiones de las personas, agentes e instituciones de los procesos sociales (Esteban Nieto, 2018)

Por lo referido se puede establecer que los estudios descriptivos, permitirán dimensionar los componentes del fenómeno a investigar coadyuvando de esta manera a entender la realidad jurídica a analizarse.

Además de ello, el enfoque a usarse será mixto, puesto que desde el enfoque cuantitativo se utilizará la recolección y análisis de datos para establecer la veracidad de la problemática planteada; y, desde el enfoque cualitativo se recurrirá al análisis de escritos, la normativa y la jurisprudencia estableciendo conclusiones que relacionadas con los datos obtenidos permitirá asumir conclusiones precisas.

5.2. Métodos

5.2.1. Análisis Documental o bibliográfico

Sobre el mismo, se puede establecer que es el proceso metódico y formal que facilita y apoya el acceso ágil y sistematizado al producto de investigaciones científicas reportado en fuentes documentales, su importancia, radica en la serie de pasos ordenados y cuidadosos que conducen al acopio de la información, en forma sistemática, analítica, sintética y crítica (Cruz, 2007).

Conforme a lo referido, el presente método coadyuvará en la recopilación de información pertinente al objeto de estudio, abordando un análisis de documentos jurídicos, normativa y jurisprudencia.

5.2.2. Método inductivo

Con el referido método, se podrá ejecutar un análisis a partir de aspectos particulares para otorgar conclusiones generales, permitiendo que el análisis de situaciones específicas permitan evidenciar la adecuada garantía de derechos fundamentales.

5.2.3. Interpretación Jurídica

La interpretación jurídica consiste en esclarecer, explicar, describir, descifrar un texto normativo o una situación con relevancia regulatoria.

Así, interpretar implica explicar, esclarecer y descifrar el sentido de alguna cosa, signo, fórmula o suceso; por ello, el intérprete tiene como tarea darle el sentido y el alcance a la interpretación que lleva a cabo (Vigo, 1999)

El presente método, que es parte de la jurídica dogmática coadyuvará a comprender el fenómeno jurídico civil que regula a las medidas cautelares y su relación con el derecho a la defensa, permitiendo a partir de criterios de interpretación establecidos definir la existencia de agravios al referido derecho.

5.3. Técnicas de investigación

5.3.1 Revisión Documental

A partir del uso de la presente técnica, se seleccionará la documental pertinente para el presente análisis, recolectando información teórica que permita abordar la investigación desde la revisión de textos, libros, normativa, jurisprudencia y criterios convencionales asumidos por el Estado boliviano.

5.3.2. Encuesta

La encuesta es un método de investigación basado en una serie de preguntas dirigidas a sujetos que constituyen una muestra representativa de una población con la finalidad de describir y/o relacionar características personales, permitiendo así generalizar las conclusiones (Romo Lopez, 1998).

La presente técnica se constituirá en la base del diagnóstico a ejecutarse, permitiendo consultar a la población seleccionada la base del objeto del presente estudio.

6. Población y muestra

El presente estudio establece su población en los 14 jueces públicos, civiles y comerciales del Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, mismos que al ser una población reducida no considerará muestra alguna, aplicándose el instrumento de investigación a la totalidad de la población.

CAPITULO 1

MARCO TEÓRICO

1.1. MARCO CONCEPTUAL

1.1.1. Las medidas cautelares

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional como deber de Estado; en tal sentido, garantiza la efectividad de las tutelas jurisdiccionales de cognición y ejecutiva para asegurar anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas, finalidad que se extiende a las pretensiones tramitadas en procesos no contenciosos. Por ello sostenemos que la tutela cautelar está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada a restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho. (Pérez Rios, 2010).

Las medidas cautelares entonces, buscarán asegurar que el objeto de la demanda pueda cumplirse, y para ello, con la finalidad de que el objeto no se pierda o modifique es que se aplicarán medidas tendientes a asegurar el éxito de la demanda.

En el caso boliviano, surgieron críticas respecto a cómo la modificación normativa con la aparición de la ley 439 incorporaron un acápite denominado “Proceso Cautelar” pero que en el fondo no se puede asemejar a un proceso, observando por ejemplo a la jurista Silvia Barahona Vilar que señaló:

Resulta cuanto menos muy discutible pensar en un proceso cautelar en el que tan solo se oye a una parte, tan solo participa una parte y se adopta o no la medida o medidas pensando, escuchando y determinando según lo que la parte pida y aporte como mecanismo de sustento de su petición. Se produce una esquizofrenia legislativa, una bipolaridad, que se refleja en un título que pretende dar el salto, las cautelares se convierten en una modalidad de tutela del ciudadano, una garantía del desarrollo del proceso, se permiten medidas anticipatorias, se permiten medidas incluso sin caución, pero todas estas reglas, todas estas normas, generan ineludiblemente un enorme desequilibrio en la parte que va a soportar las medidas, dado que a ella el legislador no les ofrece compensación, elementos de equilibrio, ellas se hallan en un estado de invisibilidad que puede generar indefensión. (Vilar, 2015)

Entonces, las medidas cautelares, si bien encuentran una regulación en la legislación boliviana, existe un conflicto en cuanto a su denominación como “proceso cautelar” esto, comprendiendo que su desarrollo se da sin la intervención de todas las partes

involucradas, observando en cambio que más responden a una solicitud que a un proceso como tal.

Por lo descrito, es posible concluir, que las medidas cautelares, se constituyen en una solicitud realizada que busca garantizar la efectividad de una futura o actual demanda planteada, esto entendiendo que las mismas pueden ser planteadas con carácter previo a la demanda o durante el desarrollo del proceso.

1.1.2. La demanda como inicio del proceso civil

La demanda de conformidad a lo descrito por el jurista Manuel Osorio, se puede entender como:

“Un escrito que inicia el juicio y tiene por objeto determinar las pretensiones del actor mediante el relato de los hechos que dan lugar a la acción, invocación del derecho que la fundamenta y petición clara de lo que se reclama. Debe contener además el nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en algunas legislaciones, otros datos, como nacionalidad y edad de las partes.”

Ahora bien, la demanda se constituye en la base sobre la cual se desarrollará el proceso; y por ende, es deber del demandante establecer los parámetros sobre los cuales se desarrollará el mismo, puesto que el Juez civil, no encuentra la posibilidad de pronunciarse sobre aspectos mayores a lo establecida en ella.

En consecuencia, se puede determinar que la demanda dará un punto de partida al proceso, requiriendo en ella su adecuada fundamentación a efectos de resguardar fáctica y jurídicamente los derechos de las partes,

1.1.3. Las partes en el proceso civil

El proceso civil, se desarrolla a partir de una pretensión, misma que necesariamente deberá dirigirse contra otra u otras personas, la doctrinaria Diana Marcos Francisco, al respecto señaló: “Ya sabemos que para que exista un proceso es necesario que existan dos posiciones (una activa y otra pasiva) frente a un tercero imparcial. En cada una de las posiciones puede haber una sola parte (es decir, una sola persona) o puede haber varias partes (varias personas), pues pueden existir varias personas legitimadas para intervenir en tal proceso. Pues bien, cuando en la posición activa o pasiva exista más de una parte nos encontraremos ante un supuesto de pluralidad de partes” (Marcos Francisco, 2017).

Ahora bien, el proceso civil, incluso prevé la existencia de terceros interesados que se encontrarán legitimados para ser parte del proceso, cuando puedan acreditar interés legal en el desarrollo del proceso, convirtiéndose en partícipes del mismo en cautela de sus intereses.

Conforme se desarrolló, se puede observar que un proceso, se desenvuelve ante la existencia o necesidad de tutelar un derecho, donde una de las partes reclama ante la autoridad judicial un aspecto concreto; sin embargo, cuando nos referimos a la aplicación de medidas cautelares, esta dinámica de partes se rompe, puesto que la normativa adjetiva civil, permite la determinación de tales medidas a la simple solicitud de la parte requirente; es decir, basta con que la misma presente un memorial justificando la necesidad de una medida cautelar y el juez en respuesta inmediata, tiene la obligación de emitir una resolución debidamente fundada y motivada que de curso o no a la aplicación de la medida; en caso de darse curso a la misma, esta se ejecutará y recién al tercer día de su ejecución será parte de la parte sobre la cual se aplicó la medida, aspecto que se critica en el presente estudio, puesto que el denominado “proceso cautelar” debería garantizar la participación plena de todas las partes involucradas en el proceso, que buscan proteger el ejercicio de sus derechos fundamentales.

1.1.4. Garantías y Derechos Fundamentales

Bolivia, como muchas naciones democráticas, tiene una Constitución que establece los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Los derechos y garantías constitucionales son piedras angulares de cualquier sociedad democrática, asegurando la equidad, la justicia y el respeto a la dignidad humana. Los derechos y garantías constitucionales se refieren a las libertades y protecciones legales fundamentales otorgadas a los ciudadanos por la Constitución de un país.

Se debe considerar que el art. 410 de la carta suprema, establece la existencia de un bloque de constitucionalidad, que en materia de derechos humanos exige su aplicación por sobre cualquier normativa, exigiendo para ello, únicamente que el país hubiera suscrito el convenio correspondiente para su aplicación.

Al respecto, encontramos que una explicación válida entre la diferencia entre derechos y garantías sería:

La expresión “derechos del hombre”, que es ciertamente enfática, puede llamar a engaño, porque hace pensar en la existencia de derechos pertenecientes a un hombre abstracto y, como tal, sustraído al fluir de la historia, a un hombre esencial y eterno de cuya contemplación derivamos el conocimiento infalible de sus deberes y derechos. Hoy sabemos que también los derechos llamados humanos son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización humana: en cuanto derechos históricos son mutables, esto es susceptibles de transformación y de ampliación.

El concepto de garantías constitucionales es básicamente de carácter procesal, y comprende todas las condiciones necesarias para el ejercicio y la defensa de los derechos humanos ante los tribunales, a través del proceso. Este es uno de los significados que Fix-Zamudio reconoce a la expresión “garantías constitucionales”: “*derechos subjetivos públicos* conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas constitucionales, con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales intervienen”. Igualmente, Comoglio entiende por garantía ...todo instrumento técnico jurídico que se encuentre en aptitud de hacer convertir un derecho meramente “reconocido” o “atribuido” en abstracto por la norma, en un derecho *efectivamente* “protegido” en concreto, y por tanto, susceptible de plena “actuación” o ‘reintegración’ cada vez que resulte violado. (Ovalle Favela, 2016)

Entonces, con esa apreciación podemos entender que los derechos fundamentales como las garantías constitucionales (de carácter eminentemente procesal) son encomendados a la protección estatal, encontrando que, en un estado de derecho constitucional, al establecer a la Constitución Política como norma suprema, toda la normativa a emitirse debe tener como base los fundamentos desarrollados en la misma.

En el caso que nos atañe, podemos hablar de un control de constitucional otorgado a las autoridades judiciales civiles, quienes tienen si bien tienen la obligación de precautelar y aplicar los parámetros normativos civiles, ello no implica que sus resoluciones deban basarse únicamente en lo que este apartado de normas establecen y en cambio, la interpretación a otorgarse debe ser amplia, analizando cada caso y fundamentando sus decisiones en los parámetros establecidos por la Constitución Política del Estado, que como se señaló, busca precautelar derechos y garantías fundamentales para todo ser miembro del estado.

1.1.5.El derecho a la defensa

En Bolivia, el derecho a la defensa está consagrado en la Constitución Política del Estado y en diversos tratados internacionales ratificados por el país. El artículo 115 de la Constitución de Bolivia establece claramente el derecho a la defensa, asegurando su ejercicio a toda persona a la cual se le hubiese iniciado un proceso ya sea en vía administrativa o judicial. Este derecho es fundamental para proteger a los ciudadanos de posibles abusos y para garantizar que el proceso judicial sea justo y transparente.

El derecho a la defensa desempeña un papel crucial. A través de un acceso adecuado a la asistencia legal, los ciudadanos pueden participar activamente en su propia defensa, presentar pruebas, y asegurarse de que se respeten sus derechos durante todo el proceso judicial. Además, el derecho a la defensa contribuye a la integridad del sistema judicial al garantizar que las partes dentro de un proceso puedan ejercer su derecho a ser oído.

Al respecto (Carrión Lanche, 2016) señaló que:

El derecho a la defensa es el derecho fundamental de una persona, física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da en todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). Asimismo, se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión

Como se puede observar, el derecho a la defensa, se constituye en un componente del debido proceso, en función a que de forma técnica permite a la persona como parte del proceso a contar con una defensa técnica o defensor de oficio; además, de forma material comprenderá el derecho que tiene a poder ser oído o declarar durante el proceso, es decir, a que se le permita dar su opinión o percepción de los hechos para de esa manera el juzgador pueda emitir un criterio observando precisamente la postura de todas las partes que conforman el proceso, en suma se habla del derecho a la defensa material, cuando se permita a la persona intervenir a en toda la actividad procesal.

Ahora bien, la amplitud del alcance del derecho a la defensa como se generalizó abarca la garantía de que la parte interviniente del proceso, tenga una defensa técnica y que

pueda participar durante todas las etapas del proceso; sin embargo, si debemos especificar los ámbitos que entre otros, el derecho a la defensa abarca, nos encontramos con las siguientes vertientes a las cuales se relaciona intimamente: derecho a un proceso justo, en plazo óptimo y previsible; celeridad; legalidad; igualdad; el derecho de disposición de las partes; buena fe; contradicción; oralidad ; intermediación; publicidad; idioma del desarrollo del juicio; y, continuidad. (Mihaela Vladila, 2011)

1.2. MARCO CONTEXTUAL

1.1.6. El derecho a la defensa desde la convencionalidad

Se observa en primera instancia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 18 de julio de 1978 que en su artículo 8.1 estableció:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Además, se tiene al art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señaló:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Al respecto, se debe considerar que al incorporar nuestro estado en el art. 410 de la Constitución Política del Estado al bloque de constitucionalidad y al haber ratificado las normas previamente citadas, se encuentra en la obligación de precautelar el derecho

al debido proceso y a la defensa, con la debida y especial atención al ser normas de aplicación primaria y precisamente por contar con un estatus semejante a la carta magna estatal.

En consecuencia, toda normativa inferior a la Constitución Política del Estado, requiere necesariamente adecuarse a sus postulados otorgando a las partes procesales la posibilidad de que desarrollen estos derechos de forma plena.

1.1.7. El derecho a la defensa en la Constitución Política del Estado

La Constitución Política del Estado, promulgada el 12 de febrero de 2009 regula y garantiza el derecho a la defensa en su art. 115, señalando que:

- I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
- II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Asimismo, se puede encontrar a los arts. 119 y 120 del mismo cuerpo normativo, que al respecto señalaron:

Artículo 119.

- I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.
- II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

Artículo 120.

- I. Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.
- II. Toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en su idioma; excepcionalmente, de manera obligatoria, deberá ser asistida por traductora, traductor o intérprete.

Esta regulación, permite establecer de forma simple, que la actividad judicial se desglosa a partir de la consideración del derecho a la defensa, no pudiendo verse la misma limitada bajo ninguna circunstancia.

1.1.8. Las medidas cautelares en el Código Procesal Civil

Las medidas cautelares se encuentran reguladas por el Código Procesal Civil, Ley 439 de 19 de noviembre de 2013, a partir del art. 310, estableciendo en primera instancia, que la oportunidad para su pronunciamiento puede darse antes de la demanda o durante la sustanciación del proceso. Aclarando que Cuando se planteen como medida preparatoria de demanda, caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda principal dentro de los treinta días siguientes de habérselas ejecutado. La autoridad judicial de oficio dispondrá el levantamiento de las medidas cautelares, condenándose a la parte demandante, si hubiere lugar, al pago de daños, perjuicios y costas. Además de establecer, que las medidas se decretarán únicamente a instancia de parte, bajo responsabilidad de quien las pidiere, salvo que la Ley disponga lo contrario.

Entre los requisitos exigidos, se establece que la petición debe contener, el fundamento de hecho de la medida y la determinación de la medida y sus alcances, agregando además que Las medidas cautelares se ordenarán cuando la autoridad judicial estime que son indispensables para la protección del derecho, siempre que exista peligro de perjuicio o frustración del mismo por la demora del proceso. La verosimilitud del derecho y el peligro de perjuicio deberán justificarse documentalmente, sin que sea necesaria prueba plena. (art. 311 del CPC).

La competencia para disponer las medidas cautelares se otorga a la autoridad judicial que deba conocer la causa principal si es que hubieran sido planteadas como medida preparatoria.

Sin embargo, Si la medida fuere ordenada por una autoridad judicial incompetente, será válida siempre que hubiere sido ordenada de conformidad con las disposiciones contenidas en el presente Capítulo, pero no se prorrogará su competencia para el conocimiento de la causa principal. La autoridad judicial que decretó la medida, inmediatamente después de ser requerido por parte interesada, remitirá los antecedentes a la autoridad que sea competente.

Entre las facultades de la autoridad judicial se encuentra: 1) Para evitar perjuicios innecesarios, podrá limitar la medida cautelar solicitada o disponer otra diferente o menos rigurosa si lo estimare suficiente para la protección de los derechos: y, 2) Señalar su alcance.

Es importante establecer que conforme al art. 315 del CPC, las medidas cautelares se decretarán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente ni observación planteados por la o el cautelado con la medida podrá impedir su ejecución. Si el afectado con las medidas cautelares no hubiere tenido conocimiento de ellas a tiempo de su ejecución, será notificado dentro del plazo de tres días computables desde su ejecución; y que, de la valoración de la prueba ofrecida, la autoridad judicial resolverá fundadamente la admisión o rechazo de la medida.

Las medidas sin contracautela cautelares podrán ordenarse bajo responsabilidad de la parte solicitante, sin necesidad de dar caución. La autoridad judicial deberá fundar su decisión en consideración a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora, la posibilidad jurídica y la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, se requerirá contracautela cuando se trate de intervención judicial y en los casos señalados por Ley.

Para su modificación, el acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que ella no cumple adecuadamente la función de garantía. El deudor podrá solicitar el cambio de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantizare suficientemente el derecho del acreedor. De la misma manera, podrá pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor o la reducción del monto por el cual la medida cautelar hubiere sido dispuesta, siempre que corresponda y, la resolución se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días.

Además de ello, se establece que la resolución emitida respecto a la medida cautelar, podrá ser impugnada por la vía de apelación en el efecto devolutivo.

Finalmente, Cuando se dispusiere que una medida cautelar se levante por haberse demostrado que el solicitante abusó o se excedió en su derecho para obtenerla, la resolución lo condenará al resarcimiento de daños y perjuicios si la otra parte lo solicitare. La determinación del monto se sustanciará por vía incidental. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Parágrafo anterior, la autoridad judicial, de oficio, podrá aplicar multa.

1.1.9. Las medidas cautelares en el derecho comparado

EL CASO URUGUAYO

El vecino país Uruguay, regula las medidas cautelares en su art. 315 de su Código General del proceso, estableciendo que:

Artículo 315

Recursos.-

315.1 La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

315.2 Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de la medida en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplida. En todos los casos, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste al cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el tribunal estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta.

315.3 La providencia que deniegue o disponga el cese de una medida cautelar será apelable con efecto suspensivo. La que la admita, modifique o sustituya será apelable sin efecto suspensivo.

Como se observa, la legislación uruguaya adopta un sistema demasiado semejante al de la legislación boliviana, esto entendiendo que las medidas cautelares se determinan sin la participación de la parte sobre la cual se solicita se aplique la medida cautelar.

EL CASO CHILENO

Chile, en el art. 298 de su código de procedimiento civil establece que: Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.

Observando en consecuencia, que la misma otorga el arbitrio del juez para definir si la solicitud de la medida cautelar será de conocimiento de la otra parte, antes de que se ordene su ejecución, para ello, se requerirá que el Juez valore la gravedad o el daño que podría generar la medida cautelar, en relación a la urgencia por la cual fue solicitada.

1.1.10. El derecho a la defensa en la jurisprudencia constitucional

Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0811/2023-S1 de 12 de julio, estableció que:

La jurisprudencia constitucional en varias sentencias constitucionales, ha señalado que la imposición de una sanción en cualquier ámbito de la justicia, debe ser impuesta previo proceso en el que se respeten los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política del Estado; este derecho se halla íntimamente ligado al derecho a la defensa, así como el derecho a la impugnación de los fallos que le sean adversos.

En cuanto al derecho a la defensa como componente del derecho al debido proceso, se constituye en un elemento vital, toda vez que su respeto e inviolabilidad resulta una garantía fundamental que se halla descrita en los arts. 115.II de la CPE que señala que: “El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”; asimismo, el art. 119 previene que: “Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios”; esta previsión determina que toda persona que sea sometida a un proceso sancionador tiene el derecho de desvirtuar las acusaciones en su contra a través del uso de todos los mecanismos de impugnación previstos en la Ley, así como mediante los principios procesales de contradicción, intermediación e igualdad, a los fines de evitar la desigualdad entre las partes. El derecho a la defensa contempla dos elementos, que son el derecho a la defensa técnica, que permite a la persona afectada a contar con el abogado de su confianza o el defensor de oficio designado por autoridad competente durante todo el proceso seguido en su contra; y, el derecho a la defensa material que comprende el derecho a ser oído o a declarar en el proceso; es decir, a defenderse por sí mismo y a intervenir en toda la actividad procesal.

El derecho al debido proceso consagrado en la Norma Suprema, se encuentra enlazado con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de los cuales es firmante el Estado Plurinacional de Bolivia; citar por ejemplo el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los arts. 7 numerales 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 24, 25, y, 27 de la misma norma internacional que lo consagra como un derecho humano; de igual modo, está contemplado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); de igual modo, la Corte

Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) señaló que las garantías del debido proceso no se restringen a los procesos judiciales o jurisdiccionales; pues, incluye procedimientos administrativos de todo orden.

El derecho a la defensa tiene su antecedente en la SC 1556/2002-R de 16 de diciembre; que estableció la inviolabilidad de ese derecho, señaló:

“En el ámbito de relaciones societarias privadas y las sanciones que puedan imponerse al interior de las mismas, el debido proceso, regula y limita la potestad sancionatoria, estableciendo los elementos mínimos que deben ser observados de manera previa a la imposición de una sanción, siendo uno de ellos la prohibición de sancionar sin la existencia de un previo proceso; es decir, el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, la posibilidad de que quien está acusado de algo, tenga la posibilidad de conocer los motivos, presentar sus descargos, las pruebas que estime convenientes, acceder a los medios de impugnación, concluyéndose de esta manera que cuando no se observaran estos requisitos y se impone una determinada sanción, se considerara a la misma como a una medida arbitraria de facto, siendo viable su impugnación directa a través de la acción de amparo constitucional”.

CAPITULO II

INFORMACIÓN Y DATOS OBTENIDOS

2.1. Resultados de la encuesta

De conformidad a la encuesta aplicada a los catorce Jueces Públicos Civiles y Comerciales de la Capital del departamento de Chuquisaca, se obtuvieron los siguientes resultados:

a) Primer indicador:

- Considero que la participación de la parte demandada es pertinente antes de resolver la aplicación de la medida cautelar cuando esta es presentada antes de la demanda.



Fuente: Propia

Como se observa del presente gráfico del 100% de la población estudiada, una mayoría con un 71,40% consideran que la participación de la parte demandada es pertinente antes de resolver la aplicación de la medida cautelar cuando es presentada antes de la demanda.

b) Segundo indicador

- Se garantiza el derecho a la defensa con el trámite de las medidas cautelares solicitadas antes de la demanda

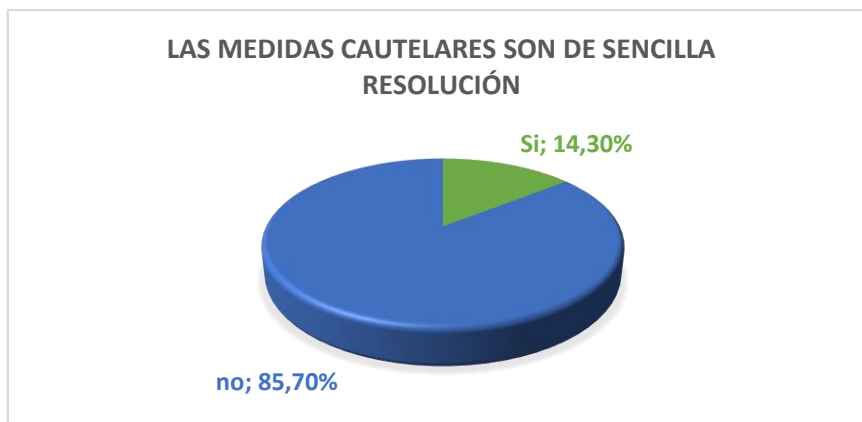


Fuente: Propia

Como se observa del gráfico previo, un 64,20% de la población estudiada determina que, con las medidas cautelares solicitadas antes de la demanda, no se garantiza el derecho a la defensa, mientras que un 35,80% de la población, establece lo contrario.

c) Tercer indicador

- 3. Las medidas cautelares son de sencilla resolución



Fuente: Propia

A la consulta de si las medidas cautelares son de sencilla resolución, un 85,7% de la población, estableció que no es así, mientras que una minoría, con un 14,30% determinó que si son de sencilla resolución.

d) Cuarto indicador

- La imposición de una medida cautelar sería más efectiva, si previamente se escuchara la opinión de la parte demandada.

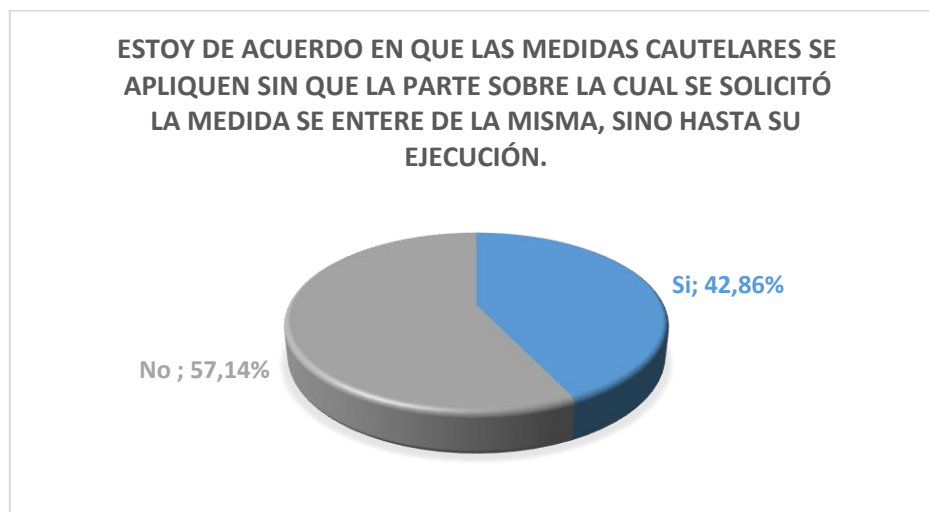


Fuente: Propia

Como se puede evidenciar, una amplia mayoría, con un 71,40% estableció que la imposición de una medida cautelar sería más efectiva, si previamente se escuchara a la otra parte, observando que solo un 28,60% de la población estableció lo contrario.

e) Quinto indicador

- Estoy de acuerdo en que las medidas cautelares se apliquen sin que la parte sobre la cual se solicitó la medida se entere de la misma, sino hasta su ejecución.



Fuente: Propia

De los datos obtenidos, se observa que una mayoría, con un 57,14% no están de acuerdo en que las medidas cautelares se apliquen sin que la parte sobre la cual se solicitó la medida se entere de la misma, sino hasta su ejecución.

2.1.1. Conclusiones de la encuesta

De los datos obtenidos, se puede evidenciar en suma, que las autoridades judiciales, conocedoras del derecho procesal civil, consideran que la participación de la parte demandada es pertinente antes de resolver la aplicación de la medida cautelar presentada antes de la demanda; puesto que con ello, se garantiza el derecho a la defensa, además, en razón de que las medidas cautelares son de dificultosa resolución en razón a la falta de intervención precisamente de la otra parte, estando de acuerdo entonces, en que las mismas se apliquen con la participación de la parte sobre la cual se solicitó su determinación.

2.2. Resultados de la revisión documental

De conformidad al análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial realizado, se puede comenzar indicando que el derecho a la defensa, aparece en nuestro marco normativo como un derecho fundamental, precautelado tanto por la Constitución Política del Estado, como por tratados y convenios internacionales que componen el bloque de constitucionalidad, como son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Humanos, su determinación en ese rango normativo, permite entender que su aplicación es obligatoria en el desarrollo de cualquier proceso sea este judicial o administrativo.

Ahora bien, la importancia de precautelar este derecho fundamental radica y se funda en los principios de equidad y justicia, garantizando que todas las personas independientemente de su estatus social, tengan derecho a ser oído dentro del proceso que se hubiera instaurado en su contra, esto con la finalidad de que todas las partes involucradas sean tratadas con equidad en el sistema judicial. Pero más allá de ello, el derecho a la defensa, aparece como una figura que garantiza protección ante el abuso de poder estatal, puesto que exige al estado que toda determinación a asumirse permita la intervención de las partes involucradas, permitiéndole que este intervenga y exprese sus aclaraciones en consideración a lo que podría solicitarse o haberse solicitado en su contra.

En suma, se pudo establecer que el derecho a la defensa, como derecho fundamental, exige que las partes procesales, en cada etapa del proceso que se les siguiera puedan ser oídos y ampliamente participes de cualquier determinación que pudiera asumirse en su contra.

Es por esta razón, que llama ampliamente la atención la figura de las medidas cautelares en el proceso civil, puesto que, en principio, las mismas aparecen a partir del art. 310 del CPC con el título de “proceso cautelar” aspecto que como se desarrolló, es impertinente, puesto que un proceso, exige un carácter de oposición, donde una de las partes, demanda a otra por una serie de hechos que podrían afectarle, sin embargo, esta situación no se dilucida sino hasta que ambas partes expusieron su percepción de la base fáctica; entonces, la denominación de “proceso cautelar” es erróneo, puesto que lo desarrollado en contenido más se asemeja a una solicitud simple, donde una parte

exige la aplicación de una medida y el Juez, evaluando ciertos aspectos otorga o deniega la misma.

Entonces, si bien queremos referirnos a un proceso cautelar, se debió considerar la participación activa de las partes en cada etapa procesal; sin embargo, la figura del cautelado aparece recién después de ejecutoriada la medida en evidente lesión a su derecho a la defensa.

Esta lesión, es mucho más evidente cuando la medida cautelar fue solicitada antes de la demanda, en razón a que se determina su aplicación respecto a una persona que ni siquiera tiene conocimiento de que en su contra se inició un proceso (proceso cautelar); restringiéndose la posibilidad de que el mismo pueda resguardar su derecho antes de ser lesionado. Y si bien, la misma normativa establece responsabilidad para la parte que hubiera solicitado y aplicado una medida de forma errónea, ello no significa que el daño nunca existió y menos que se otorgó la posibilidad de que el cautelado asuma la defensa de sus derechos como corresponda.

Más allá de ello, se debe establecer que la aplicación de una medida cautelar al no tener a la parte afectada para asumir defensa, genera que el Juez deba ejecutar una valoración idónea de los elementos prestados, únicamente por la parte demandante, aspecto que por ejemplo puede impedir que se cumplan características propias de las medidas cautelares, como por ejemplo la proporcionalidad, puesto que una persona puede solicitar se grave un bien, asumiendo que es el único que tendría el demandado para garantizar la efectividad de una sentencia; sin embargo, no se le permite al cautelado elegir por algún otro bien que tuviera y que también pueda conseguir el mismo fin, generando un daño a sus intereses y desarrollo de sus derechos.

Por lo descrito, es evidente que las medidas cautelares presentadas antes de la demanda, lesionan el derecho a la defensa del cautelado, puesto que se le impide ser oído a efectos de que pueda explicar o desarrollar porque no se encuentra de acuerdo con una medida solicitada, enterándose recién de su imposición de forma posterior a su ejecución.

CAPITULO III

ANALISIS Y DISCUSIÓN

CONCLUSIONES

Con base a lo desarrollado, es pertinente establecer en principio, que el derecho a la defensa, se constituye en un derecho fundamental, protegido y garantizado tanto por nuestra Constitución Política del Estado, como por tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, que componen el bloque de constitucionalidad y que por ende, su protección requiere especial atención por parte de toda autoridad judicial o administrativa que en conocimiento de un proceso deba asumir determinaciones que puedan afectar el goce de derechos.

Se establece además, que las medidas cautelares en el proceso civil boliviano, se imponen sin audiencia de la otra parte, no pudiendo tal parte observar los mismos, incidentarlos o impedir su ejecución conforme establece el art. 315 del Código de Procedimiento Civil; en suma se establece que dichas medidas surgen ante la simple petición de la parte solicitante, entendiéndose que cuando el proceso aun no inició, pueden disponerse sin que el cautelado siquiera tenga la oportunidad de apersonarse para su observación.

Por lo referido, se establece, la necesidad de modificar el procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares descritas a partir del art. 310 del Código Procesal Civil, estableciendo en cambio, una nueva modalidad que permita en todo momento la participación plena del demandado para el efectivo goce de su derecho a la defensa, esto en razón a que las mismas pueden afectar o limitar el goce de algún derecho fundamental, también protegido por la instancia constitucional.

Se establece además, que el Juez de la causa, asume un papel fundamental dentro de la tramitación de las medidas cautelares, al encontrarse impedida de participación la parte contraria, puesto que el mismo no puede suponer la necesidad de aplicación de una medida cautelar y en cambio deberá fundamentar y motivar su resolución adecuadamente, permitiendo así entender, de manera objetiva la necesidad de aplicar las mismas.

Finalmente se establece que el derecho a la defensa, como parte del debido proceso, no puede ser considerado como un derecho más entre la gama de estos, debiendo los responsables de su cautela, asumir una perspectiva garantista que permita en todo momento el goce pleno de derechos fundamentales, debiendo considerarse que el modelo legalista ya fue superado.

RECOMENDACIONES

Se recomienda formar a las autoridades judiciales civiles en el ámbito de creación y fundamentación y motivación de resoluciones que resuelvan solicitudes de medidas cautelares en consideración a que la normativa actual, otorga un papel muy importante al juez, precisamente por la falta de participación del cautelado para que este pueda ser oído en el proceso cautelar.

Se recomienda buscar la modificación del art. 315 del CPC, que establece la imposición de medidas cautelares sin otorgar audiencia o correrse en traslado siquiera a la parte cautelada para que este asuma la defensa pertinente en resguardo y cautela por riesgo, de sus derechos fundamentales.

Se recomienda a la Escuela de Jueces del Estado, formen personal a partir del nuevo modelo de estado constitucional de derecho, dejando de lado la visión legalista del derecho y desglosando el nuevo modelo garantista.

El Tribunal Supremo de Justicia, como tribunal mayor de interpretación de legalidad ordinaria, debe emitir protocolos de aplicación de medidas cautelares, considerando la protección y garantía del derecho a la defensa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asdubral, J. C. (2020). Cooperación judicial en materia cautelar en el nuevo Código de Procedimiento Civil Boliviano.
- Carrión Lanche, J. A. (2016). *El derecho a la defensa como garantía básica del debido proceso*.
- Cruz, I. C. (2007). *Métodos y técnicas de la investigación documental*. México.
- Durán, E. M. (2017). *La efectividad de las medidas provisionales y anticipadas, en la oportuna y efectiva protección de los derechos e intereses legítimos por el juez*. Incahuasi-Bolivia.
- Esteban Nieto, N. (2018). *Tipos de investigación*.
- Grajales, T. (2000). Tipos de Investigación. 112-116.
- Marcos Francisco, D. (2017). El litisconsorcio en el proceso civil de conocimiento tras el nuevo código procesal civil boliviano. *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, 280-317.
- Mihaela Vladila, L. (2011). El derecho a la defensa. *Revista de Inquisición-Intolerancia y derechos humanos*, 243-258.
- Ovalle Favela, J. (2016). Derechos Humanos y Garantías Constitucionales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 149-177.
- Pérez Rios, C. A. (2010). *Estudio Integral de las medidas cautelares en el proceso civil*.
- Romo Lopez, H. (1998). La metodología de la encuesta. *Técnicas de investigación en sociedad, cultura y comunicación*, 33-74.
- Vigo, L. (1999). *Interpretación Jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Vilar, S. B. (2015). El proceso cautelar en el nuevo código procesal civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 16-69.

ANEXOS**ENCUESTA SOBRE MEDIDAS CAUTELARES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEFENSA****NOMBRE:****FECHA:**

La presente encuesta tiene como objetivo determinar si el trámite de las medidas cautelares, respeta el ejercicio del derecho a la defensa.

Por favor lea atentamente cada afirmación y encierre en un círculo la opción la opción que considere correcta desde su percepción:

1. Considero que la participación de la parte demandada es pertinente antes de resolver la aplicación de la medida cautelar cuando esta es presentada antes de la demanda.

Si No

2. Se garantiza el derecho a la defensa con el trámite de las medidas cautelares solicitadas antes de la demanda

Si No

3. Las medidas cautelares son de sencilla resolución

Si No

4. Las imposición de una medida cautelar sería más efectiva, si previamente se escuchara la opinión de la parte demandada.

Si No

5. Estoy de acuerdo en que las medidas cautelares se apliquen sin que la parte sobre la cual se solicitó la medida se entere de la misma, sino hasta su ejecución.

Si No

MUCHAS GRACIAS POR SU APOYO.