

La flexibilidad en la aplicación de la tutela cautelar en materia de familia

Licda. Shirley Viquez Vargas (*)

SUMARIO

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

III. MEDIDAS CAUTELARES Y SUS PRESUPUESTOS

IV. LA FLEXIBILIDAD

V. LOS RECURSOS DE REVOCATORIA Y APELACIÓN

VI. CONCLUSIONES GENERALES

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

I.- Notas Introductorias

Las presentes notas se pensaron con la finalidad de colaborar a la aportación de ideas con respecto a la tutela cautelar familiar la cual está en constante desarrollo en nuestro entorno jurídico procesal familiar.

II.- Principios Fundamentales

Para los sociólogos jurídicos el Derecho es realidad, la norma que va a ser útil es aquella que se apega a las necesidades sociales, que en definitiva, son las que dan razón de ser a la existencia del Derecho mismo, dentro del cual figura el Derecho de Familia, el cual es por esencia, social.

Para poder entender en qué consiste la flexibilidad en la aplicación de la tutela cautelar familiar se hace necesario recordar algunos aspectos de importancia

que dan contenido al Derecho de Familiar, nos referimos a los principios fundamentales que contiene el Código de Familia y que se describen a continuación:

1.- Protector: este principio encuentra asidero legal en la Constitución Política la cual establece en el artículo 51 que: *“La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección, la madre, el niño y el enfermo desvalido”*. Asimismo, el artículo 1 del Código de Familia también regula la protección especial al grupo familiar cuando dice *“Es obligación del Estado costarricense proteger a la familia”*. Un contenido similar tienen los artículos 17 inciso 1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), artículo 16 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) sobre personas menores de edad.

2.- Unidad de la Familia: significa este principio que en la medida de lo posible, debe procurarse que todos los miembros que conforman la familia vivan juntos bajo un mismo techo y que entre ellos se den relaciones armoniosas de buena convivencia.

3.- Interés de los Hijos: lo que se pretende con este principio es que los problemas, disputas o rencillas que se presenten entre los padres no deben afectar las relaciones de éstos con sus hijos.

4.- Interés de las Personas Menores de Edad (niños, niñas y adolescentes): se desea que cuando exista

(*) Jueza de Familia de Nicoya, Guanacaste, Costa Rica

un conflicto de intereses entre adultos y personas menores de edad, prevalezca el interés superior de estas últimas. Entiéndase que el principio del interés superior del niño debe verse necesariamente como toda acción ya sea pública o privada que deba tomarse en relación con una persona menor de edad y que vaya a garantizar el respeto de sus derechos a un ambiente físico y mental sano, en procura de su desarrollo personal. Sería todo aquello que le beneficie al niño o niña y que tienda a procurarle su bienestar social.

5.- Igualdad de Derechos y Deberes de los

Cónyuges: se ha superado la concepción antigua de que el varón era quien tenía más derechos que la mujer y era quien decidía todo lo referente al hogar y la esposa se limitaba solamente a obedecerle y a cumplir funciones propias de cuidado de los hijos y mantenimiento general de la casa. La concepción actual, con la inserción de la mujer en la sociedad y su papel activo en la toma de decisiones, hace que hombre y mujer, compartan los asuntos del hogar, tienen igualdad de derechos y obligaciones, las relaciones entre ambos son de equipo y no una lucha por ver quién puede más que el otro, ambos comparten las decisiones y el gobierno de su núcleo familiar. Este principio se encuentra regulado también en el artículo 52 del C.Pol, 17 inciso 4 de la CADH y 16 DUDH.

6.- No Discriminación entre Hijos Matrimoniales y

Extramatrimoniales: la Carta Magna en su artículo 53 y el Código de Familia en el artículo 4 disponen que todos los hijos tienen los mismos derechos frente a sus padres y que estos deben ser responsables respecto de todos sus hijos ya sea que nazcan dentro o fuera del matrimonio. Se trata, con este principio, de que no se haga distinción alguna entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, como se acostumbraba tiempos atrás al calificar a los segundos con epítetos como “adulterinos”, “incestuosos” o “naturales”, ahora todos son considerados hijos, independientemente de las circunstancias en que hayan nacido y tienen los mismos derechos y deberes con sus padres y éstos con ellos. En el mismo sentido puede verse la CADH en el artículo 17 inciso 5 y artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Si se puede comprender estos principios básicos en la aplicación diaria del Derecho de Familia, el cual como se expuso antes, es un Derecho Social, se haría mucho más fácil apreciar esa flexibilidad que permea no solo a la tutela cautelar sino en general a esta rama del Derecho tan especial.

III.- Medidas Cautelares y sus Presupuestos

Prácticamente toda la evolución del derecho procesal se dio en Europa, pero quienes se encargaron de desarrollar la teoría general de las medidas cautelares fueron Chiovenda y Calamandrei a principios de los años mil novecientos treinta.

El Derecho Civil se previó para resguardar los derechos y los intereses subjetivos de las personas y modernamente los derechos difusos. Pero, ¿cuándo es que se tutelan esos derechos subjetivos?. Precisamente cuando existe una amenaza, un peligro o ataque que podría llegar a producir una lesión o violación a un derecho, cuando esto ocurre se genera una reacción de parte del ordenamiento jurídico con la finalidad de impedir o eliminar los efectos nocivos que se causen o se puedan causar. Las medidas precautorias vienen a servir como instrumento al servicio del Juzgador para llegar a mitigar esos efectos negativos producto de violaciones o lesiones a los derechos e intereses subjetivos de las partes en litigio.

Comenta Arazi (1997, p. 4) que, “puede hablarse indistintamente de medidas cautelares o precautorias, ya que tanto una voz como la otra denotan la idea de prevención; significan prevenir un daño para guardarse de él y evitarlo. El peticionario intenta precaverse de que la sentencia a dictarse en un futuro sea de imposible cumplimiento.”¹

La tutela cautelar tiene como finalidad asegurar que la sentencia que se va a dictar tenga efectivo cumplimiento y no sea una declaración o constitución inerte de derechos y obligaciones.

Debemos tener claro que la tutela cautelar es provisional o transitoria; puede modificarse o extinguirse

1 ROLAND, ARAZI. **Medidas Cautelares.** Pág. 4.

dependiendo del cambio de las circunstancias que le dieron vida pero siempre van a depender de lo que en definitiva se resuelva en la sentencia; es instrumental, es decir, no es autónoma sino que depende de un proceso principal, es homogénea a los procesos de ejecución pero no idéntica por ello se dice que tiene función mixta por una lado la acertación de la probabilidad de la existencia del derecho y por otro la ejecución forzosa o actuación práctica y coactiva del derecho; es de ejecución inmediata (sumario cognitivo) es decir que su trámite es expedito.²

Para que las medidas cautelares nazcan a la vida jurídica, deben confluír dos elementos o presupuestos indispensables, hablamos del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y del *periculum in mora* o peligro en la demora.

La apariencia de buen derecho se refiere a que la pretensión material que presenta la parte parezca bien fundada, que exista un trasfondo legal que la pueda amparar, nos referimos a un humo de buen derecho o verosimilitud del derecho que se le presenta al juzgador para que este tome en cuenta que puede adoptar la tutela solicitada, por supuesto teniendo mucha cautela para no conceder otras medidas bajo una pretensión que carece evidentemente de falta de fundamento, estas medidas también autorizan al Juez para que conceda parte de lo que se pretende o reclama con el fin de que se satisfaga una necesidad que requiere urgencia.

El peligro en la demora está referido a aquél temor fundado que presenta la situación jurídica existente

que pueda dañarla o perjudicarla gravemente incluso haciendo que se produzca un daño de imposible o difícil reparación mientras transcurre el tiempo necesario para que se dicte la resolución final. Se coincide con Jinesta Lobo (1996, p. 129) en que, se exige que ese peligro en la demora no constituya “una mera preocupación sino que sea una posibilidad real, objetiva y evidente”.³

IV.- La Flexibilidad

Teniendo claros los presupuestos de las medidas cautelares, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Se aplicarán de igual forma estos presupuestos o elementos al Derecho de Familia al igual que en otras ramas del Derecho?

La respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa, puesto que si partimos de la idea de que los elementos mencionados son necesarios para que se pueda otorgar la tutela cautelar, el Derecho de Familia no constituye la excepción.

Sin embargo, se ha mencionado que el Derecho es realidad y como tal no puede ser estático, no puede constituirse en un trozo de piedra o mármol inmóvil y sin vida propia. Así mismo, la legislación familiar está impregnada de realismo vivo, ese que día a día se observa y se siente en un Despacho Judicial, hay que estar allí para poder comprender que la labor de un Juez Familiar no es mecánica ni rígida en la aplicación e interpretación normativa, para ello se cuenta también con poderes moderadores y reguladores que implican la facultad de completar o concretar el contenido

2 La Sala Constitucional se ha pronunciado en voto reciente de la siguiente forma respecto a las características de las medidas cautelares: “las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptuar como un conjunto de potestades procesales del juez-sea justicia jurisdiccional o administrativa-para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final. La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos deban ser: a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentales, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) modificables, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) accesorias, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza preventiva, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos asegurativos, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo de proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser homogéneas y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas efectivas y no actos anticipados de ejecución...”. Voto No. 6337-02 de las 14:40 horas del 26 de junio de 2002.

3 JINESTA LOBO, ERNESTO. *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*. Pág. 129. ver nota al pie de página No. 141.

impreciso de la ley, no solamente aplicando su literalidad sino estudiando el caso concreto y después de una prudente apreciación de las circunstancias flexibilizar las instituciones legales y aplicar la norma o la solución que más se adapte al asunto concreto.

Con solo el hecho de que exista un conflicto familiar ya se va a tener presente, siempre, un peligro en la demora, ello implica que después de analizar la verosimilitud de buen derecho, corresponda, aplicar la medida precautoria, lo anterior denota flexibilidad a la hora de ordenar la tutela cautelar que se solicita. Véase el punto por medio de ejemplos: cuando una persona quiere que se le otorgue una pensión alimentaria a un menor de edad debe presentar junto con la demanda la certificación de nacimiento la cual le evidencia al Juez la existencia del vínculo familiar entre el beneficiado y la persona obligada, con sólo ese documento se podría aplicar la pensión alimentaria provisional y se está satisfaciendo con ello necesidades básicas urgentes. En un proceso de divorcio, separación judicial u ordinario de liquidación anticipada de bien ganancial, se podría ordenar la anotación de la demanda al margen de los bienes susceptibles de ser gananciales con la sola presentación de las certificaciones literales registrales o notariales que le demuestren al juzgador que los bienes fueron adquiridos a título oneroso y dentro del vínculo matrimonial, con ello se asegura que los bienes puedan estar allí ante una ejecución de sentencia; se habla también de certificaciones de estado civil y todo otro documento que evidencie la existencia de situaciones de hecho o derecho y relaciones jurídicas que serían en principio aparentes pero que permitan adoptar medidas cautelares.

De esta manera existe una conexión tan estrecha entre el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* la cual permite al Juez, en uso de sus poderes cautelares, ser mucho más flexible y amplio a la hora de ordenar la tutela cautelar precisamente tomando en cuenta, la especialidad de la materia familiar y las circunstancias del caso en concreto y respetando en todo momento los principios fundamentales que se expusieron al

inicio. Coincidimos con la Dra. Euseblo Goutreaux cuando indica que “son esos poderes en resumen, los mismos que corresponden a los jueces en general en la aplicación de la justicia, pero en el caso de los Jueces de Familia, esos poderes adquieren mayor flexibilidad, mayor dimensión, por cuanto coadyuvan en la decisión judicial...”⁴

El Proyecto de Ley del Código Procesal Civil, última versión de setiembre 2006, en su Título Tercero, regula la temática cautelar, hace una diferencia tajante entre medidas precautorias, medidas preparatorias y prueba anticipada, introduce nuevas medidas cautelares típicas aparte del embargo preventivo y anotación de demanda, confiere amplios poderes y facultades al juez al otorgar la tutela necesaria para la protección de los derechos de las personas involucradas en el conflicto cuando exista peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles, pudiendo adoptarse todas las que sean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que llegase a otorgarse en la sentencia; con ello debemos entender que se va a acentuar la mayor flexibilidad no solo para aplicar cautelarmente medidas típicas sino atípicas en cualquier circunstancia o eventualidad siempre que los presupuestos estudiados resulten aplicables.

Es hora de que los y las juzgadoras utilicen los poderes que la ley les concede, y en materia de cautela familiar la amplia gama de situaciones se presta para incentivar la creatividad del juez, quien en todo caso debe apreciar la pretensión y su procedencia, la necesidad de la medida, su relación con el proceso y con la pretensión, el alcance que vaya a tener y un aspecto de suma importancia, que no genere más daño del que ya existe y se quiere evitar.

V.- Los recursos de revocatoria y apelación

Es indispensable hacer referencia a los medios de impugnación que puede tener la resolución que ordena,

4 EUSEBLO GOUTREAUX, DORA. El Proceso Familiar y sus Características. Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, El Salvador, realizado del 20 al 26 de setiembre de 1992.

modifica, deniega o extingue la medida cautelar. Si se toma como base los artículos 429, 435 y 560 del Código Procesal Civil, los cuales regulan lo relativo a las resoluciones apelables, se puede observar que cada uno de los numerales citados enumera una lista taxativa de resoluciones que tienen este recurso de alzada. El artículo 435 no hace referencia a tutela cautelar, pero los incisos quinto del artículo 429 y décimo del 560 sí regulan el tema. Así entonces, se puede concluir que, actualmente en materia civil, solo existen dos posibilidades para apelar la resolución que se refiera a medidas cautelares a saber: 1) la que ponga fin a cualquier clase de medida cautelar y 2) la que deniegue la cancelación de dichas medidas. Entonces, la resolución que ordena la imposición, rechaza de plano o modifica la medida precautoria tiene recurso de revocatoria pero no de apelación. En ese mismo sentido se ha pronunciado en reiterados votos el Tribunal Primero Civil⁵ y el Tribunal de Familia no ha escapado a este criterio, veamos el extracto del siguiente voto:

“...El artículo 429 del Código Procesal prescribe, que en el proceso abreviado sólo son apelables las resoluciones para las cuales dicha norma establece ese recurso y, en aplicación del principio de taxatividad que informa el procedimiento en materia de medios de impugnación, ha de tenerse presente que no es posible admitir apelaciones contra resoluciones excluidas de esa posibilidad. Mediante las resoluciones apeladas, se ordenan diversas medidas cautelares.... No obstante lo anterior, considera este Tribunal que en atención al principio de taxatividad que informa el procedimiento, ninguna de las resoluciones impugnadas cuenta con recurso de apelación. Ello por cuanto, no se trata de ninguna de las resoluciones previstas en el artículo arriba citado... así como tampoco a aquellas contenidas dentro de la norma general del artículo 560 ibídem...”⁶

Si se parte del supuesto de que uno de los contenidos de la garantía de las garantías, que es el debido proceso, se refiere al principio de defensa contenido

en el artículo 41 de la Constitución Política, habla del derecho que existe para los justiciables de que el superior examine o revise las resoluciones que les hayan causado un perjuicio o un gravamen a sus derechos o libertades fundamentales (derecho a recurrir), entonces se tendría que analizar que es a partir de la resolución número 300-90 dictada por la Sala Constitucional, que se hace referencia a los “efectos propios” de los actos de procedimiento o preparatorios, en ese sentido la Sala dijo:

“...tesis similar es la que prevalece hoy en el derecho público en general, el cual reconoce de principio, el derecho de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan “efecto propio”, es decir, los que en derecho administrativo se conocen como “actos separables” en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que separar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar.”⁷

Con base en esta tesis, las resoluciones con efectos propios podrán ser recurridas, tomando en cuenta la especialidad de la materia de fondo que tratamos y la casuística, sus especiales principios y las repercusiones que se generen con una tutela precautoria, se cree que la resolución que ordena la medida cautelar dentro de un asunto de familia, cuando tenga efecto propio, puede ser apelada, para ello debe tenerse presente que lo óptimo sería que estas resoluciones estén debidamente fundamentadas para que no quede duda al usuario del por qué se toma una determinada decisión.

VI.- Conclusiones Generales

- El Derecho de Familia es social por ello se necesita de normas prácticas que ayuden a resolver los conflictos.

5 Entre otros votos se puede consultar los números 591 de las 7:40 horas del 5 de abril de 2000, 598 de las 08:15 horas del 5 de abril de 2000, 285 de las 9:05 horas del 20 de mayo de 2001 y 163 de las 9:40 horas del 24 de abril de 2001.

6 TRIBUNAL DE FAMILIA. Voto No. 993-04 de las 8:00 horas del 18 de junio de 2004.

7 SALA CONSTITUCIONAL. Voto No. 300-90 de las 17:00 horas del 21 de marzo de 1990.

- La teoría general de las medidas cautelares, cuando se trata de materia de familia, debe redimensionarse pues las posibles situaciones que a diario se presentan replantean los esquemas ortodoxos que generalmente estamos acostumbrados a observar, muy especialmente se debe preguntar si se hace imperioso pensar en otro tipo de tutela diferente a la cautelar y autónoma que venga a dar solución urgente a las pretensiones de las partes, es aquí donde se puede concluir que efectivamente existe cierto poder inquisitivo del Juzgador al aplicar la cautela solicitada, pero su actuación siempre debe ajustarse dentro de los parámetros legales, razonables y proporcionales.
- La apariencia de buen derecho no siempre se va a presentar como una posible pretensión bien fundada o aquel humo de buen derecho, en muchos de los casos corresponde a situaciones verídicas, relaciones de hecho existentes que conforman el conflicto familiar.
- El peligro en la demora siempre se va a dar por el solo hecho de la existencia del conflicto familiar.
- El Juez de lo familiar puede dictar medidas precautorias de forma mucho más flexible y amplia debido a la especialidad de la materia y a la gran conexión que existe entre los presupuestos de las medidas cautelares.
- Los jueces de familia han dispuesto de un poder especial para dictar medidas cautelares, poseen facultad para otorgar una amplia gama de cautela

con el fin de resolver situaciones de forma provisional, es cuestión de poner en práctica esos poderes y dejar de lado las actitudes mecánicas o temerosas pues en última instancia lo que está de por medio es, en sentido o amplio o estricto, la familia.

- La resolución que ordena la imposición de una medida cautelar, cuando tenga efectos propios, es apelable. Debe tenerse presente que en materia civil solamente existen dos posibilidades para apelar la resolución que se refiera a tutela cautelar las cuales son: la que ponga fin a cualquier clase de medida cautelar y la que deniegue la cancelación de dichas medidas; sin embargo, además de lo ya mencionado, la resolución que ordena la imposición, rechaza o modifica la medida precautoria siempre tiene recurso de revocatoria.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- JINESTA LOBO, ERNESTO. **La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo**. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica. San José, Costa Rica, 1996.
- ROLAND, ARAZI. **Medidas Cautelares**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1997.
- MEMORIA DEL VII CONGRESO MUNDIAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA, San Salvador, El Salvador, realizado del 20 al 26 de setiembre de 1992. Recopiló, revisó y coordinó el Dr. José Ernesto Criollo. Edición de Checchi and Company, Proyecto de Reforma Judicial.