



[Ver aviso legal al final del documento](#)

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS EN GENERAL Y APLICACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA

1. DOCTRINA SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

- a. Conceptualización y Utilidad
- b. Las medidas cautelares en procesos de familia

2. LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

- a. Concepto
- b. Límites para su aplicación
- c. Ventajas y Desventajas

3. NORMATIVA APLICABLE

- a. Código Procesal Civil
- b. Código de Familia

4. JURISPRUDENCIA



DESARROLLO:

1. DOCTRINA SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

a. Conceptualización y Utilidad

"Doctrinariamente se habla de medidas de coerción en general para referirse a todas aquellas medidas preventivas tendientes al aseguramiento del juicio y la efectividad de la sentencia que se dicte.

También se les llama medidas cautelares, que pueden ser de dos clases: personales y reales. Las primeras hacen referencia a la potestad de coerción que pueden ejercerse en relación con personas físicas, considerados como órganos de prueba: acusado, parte lesionada, testigos, peritos e intérpretes. Las segundas recaen directamente sobre objetos materiales y no sobre las personas, aun cuando para llegar a ellos sea necesario afectar en alguna medida la libertad individual o ejercer presión psíquica."¹

"La doctrina ha clasificado las medidas cautelares en dos grandes apartados: por un lado, nos encontramos con las llamadas medidas cautelares de carácter personal -objeto del presente estudio- y las medidas cautelares de carácter real. Cada una de estas clasificaciones gravitan en dos ramas del derecho distintas en cuanto a sus fines y razonamientos, pero que en el proceso penal se complementan sólidamente. Las medidas cautelares de carácter personal se encasillan dentro del Derecho penal, en tanto que las de carácter real tienen un marcado tinte civilista y por ende, otra filosofía jurídica la que las inspira y fundamenta."²

"La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si éste daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la declaración definitiva. Basándose en esto, la resolución de cautela puede ser revocada, modificada o confirmada; en este último caso puede transformarse en una medida ejecutiva. En la medida provisional, es pues, necesario distinguir su justificación actual, es decir, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa como una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de otra supuesta voluntad de ley: si a continuación, por ejemplo, esta otra voluntad se demuestra que no existía, también la voluntad actuada en la medida provisional aparecerá como una voluntad que no debería haber existido."³



b. Las medidas cautelares en procesos de familia

"El Código de Familia de 1974 contempla la posibilidad de que durante el proceso, o con anterioridad a éste, se soliciten varias medidas cautelares que responden a diferentes finalidades.

Entre estas medidas precautorias encontramos la orden o autorización del cónyuge de salir del domicilio conyugal, la pensión alimenticia provisional, la guarda y crianza provisional de los hijos y otras medidas cautelares reales, tendientes a garantizar los intereses pecuniarios en conflicto."⁴

"Entre estas deberá tomarse en cuenta las especiales para la materia familiar, como lo son las contenidas en la Ley contra la Violencia Doméstica que son acertadas. Para el divorcio deben tomarse en cuenta las especiales para la materia familiar establecidas en el artículo 53 del Código de Familia en cuanto a si se pide el divorcio, el tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal, y la del 54 de asignar el cuidado provisional de los hijos. También está la fijación provisional de alimentos prevista en el artículo 168 del Código de Familia y en el numeral 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias. Luego son aplicables las de los artículos 241 y siguientes del Código procesal Civil: pruebas anticipadas, arraigo, embargo preventivo, anotación de la demanda. **Debe recordarse que el artículo 242 del Código Procesal Civil da la facultad al Juez de dictar las medidas que considere adecuadas "cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación" y que "para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución..."**. Es muy importante también la medida cautelar en cuanto a niños en riesgo social contemplada en el artículo 119 del Código de Familia. Sin embargo, debe regularse en materia de allanamientos, impedimentos de salida del país, apremios corporales y otras situaciones que impliquen límites a libertades públicas. También debe quedar previsto legalmente que prevalece la verdad a favor de los deberes de familia antes que las ficciones societarias y comerciales. Es importante el numeral 17 párrafo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que alude al deber de asegurar la igualdad no sólo durante el matrimonio sino en la disolución del mismo."⁵ (El texto suplido en negrita no es del original)



2. LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

a. Concepto

"Existe también en nuestra ley la figura general de resolución provisional de cautela, y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza. La finalidad es siempre evitar que la actuación de una posible voluntad de la ley quede impedida o se haga difícil a su tiempo por un hecho acaecido con anterioridad a su declaración, es decir, por el cambio en el estado de cosas actuales; o bien, de proveer aun durante un proceso, en caso de una posible voluntad de la ley, cuya actuación no admita retraso."⁶

"La atipicidad de la medida cautelar comprende como "significado mínimo" la falta de predeterminación legislativa del contenido de tales medidas.

El contenido de la medida cautelar atípica o indeterminada está individualizado, solamente con fundamento en el criterio de la idoneidad o necesidad, según las circunstancias, para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito."⁷

b. Límites para su aplicación

"El problema de referirse a un poder general de cautela, es la tendencia a creer que se trata de un poder ilimitado, lo cual es un gran error. Si bien es cierto, la naturaleza de la figura que se analiza requiere cierto grado de convencimiento del juez para su aplicación, no es menos cierto, que no es arbitrariedad pura.

(...)

En principio, el mismo artículo 242 establece límites tras exigir los presupuestos fundamentales de la medida: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*. Queda claro, entonces, que la discrecionalidad del juez se limitará a la comprobación de la existencia de los mismos. Una vez comprobado el peligro y la apariencia de derecho, el juez **tiene** que conceder la medida. Ya no hay discreción. Siendo así, la discrecionalidad es *secundum legem* y no absoluta, desde que debe desarrollarse dentro del ámbito concedido por la ley.

(...)

La medida cautelar innominada que se adopte, debe estar en clara relación de dependencia con el proceso principal cuya sentencia se asegura. En ese sentido, no se trata de la solicitud de cualquier medida: el juez tiene la posibilidad de asegurar la relación existente entre la medida cautelar solicitada y la eventual



sentencia definitiva. La razón fundamental de mantener este criterio, es la explicación efectuada supra de la que medida no tiende a la actuación del derecho, sino a que no resulte utópica la efectividad del mismo."⁸

"El Código clasifica las medidas en típicas y atípicas o innominadas. Las primeras son aquellas reguladas de manera expresa por la legislación procesal, como sucede con las pruebas anticipadas, beneficio de pobreza, representación, arraigo, embargo preventivo, anotación de la demanda y la gestoría procesal. Las segundas se encuentran definidas de manera genérica en el artículo 242 ibídem, y faculta al juez decretar cualquier otra medida no regulada expresamente. La práctica ha demostrado el auge de estas medidas cautelares atípicas, y por eso la jurisprudencia será la encargada de delimitar con el tiempo los alcances de la potestad del juez para decretarlas, todo de acuerdo con el caso concreto."⁹

c. Ventajas y Desventajas

"Las ventajas de este sistema radican en la dificultad o imposibilidad material del legislador para contemplar una relación completa de cautelas y en la imposibilidad de que éstas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho. Sus inconvenientes son la inseguridad, la pérdida de imparcialidad del juzgador, y fundamentalmente, la ampliación de los poderes discrecionales del juez, sobre todo en el momento de establecer si el perjuicio es irreparable o no. En síntesis, el riesgo de este sistema, consiste en hacer depender de una valoración discrecional del juez, la admisibilidad del medio de tutela."¹⁰

"Las ventajas de este sistema abierto de tutela cautelar saltan a la vista. Es obligación del sistema de administración de justicia de todo país, evitar que la justicia sea reducida a una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde. El ordenamiento jurídico aparte de crear la tutela jurisdiccional, debe velar porque la misma sea útil y esta comprobado que en cantidad de casos, sin medidas cautelares, la resolución final es inefectiva."¹¹

3. NORMATIVA APLICABLE

a. Código Procesal Civil¹²



ARTÍCULO 242.- Facultades del juez.

Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez podrá determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación.

Para evitar el daño, el juez podrá autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución.

b. Código de Familia¹³

ARTÍCULO 8.- Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil.

Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración.

El recurso admisible para ante la Sala de Casación se regirá, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo.

(Así reformado por ley No. 7689 del 21 de agosto de 1997).

4. JURISPRUDENCIA

"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 conceptualizar 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, exigen que deban ser : a) lícitas y jurídicamente posibles; b) provisionales, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) fundamentadas, 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 del 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 preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución."¹⁴

"Generalmente dichas medidas se practican antes de plantear un proceso ordinario, cuando existe fundado temor de que una de las partes le pueda causar a otra un daño irreparable o de difícil reparación, ante el latente peligro, en el caso del derecho agrario, de que se vea afectada la producción o los recursos naturales, pues el proceso ordinario requiere de cierto período de tiempo para su desarrollo. O bien, se solicitan como medida cautelar al plantearse la demanda o, a posteriori, cuando el riesgo a que se produzca un daño y perjuicio a futuro es inminente. Las medidas cautelares atípicas presentan una serie de presupuestos y características necesarias para determinar su procedencia y alcances. El Tribunal Agrario ha desarrollado importantes criterios jurisprudenciales, al reconocer los presupuestos necesarios para que pueda acogerse una medida cautelar: "II. La medida cautelar atípica se basa en tres presupuestos básicos: 1.- La residualidad, es necesario constatar que el derecho que se busca tutelar judicialmente está seriamente amenazado, sin posibilidad de protegerse mediante una medida cautelar típica, y de ahí la urgencia de tomar la medida. Es fundamental para ello practicar un reconocimiento judicial, o bien hacerse acompañar de un perito con el fin de valorar el verdadero peligro o riesgo inminente. Esto es fundamental por cuanto quien solicita la medida podría utilizar el trámite para atrasar el procedimiento o sin ningún sentido práctico. Lógicamente, tales medidas cautelares, por no tener una tipicidad en la ley, deben tomarse con parámetros valorativos ciertos y verificables por el Juzgador, no siendo suficiente la simple manifestación de una de las partes para ordenar la medida. 2.- La apariencia de buen derecho, en el sentido de que la pretensión de la demanda principal, o del derecho o bien público que se quiera asegurar, tenga probabilidad de ser tutelable en el ordenamiento jurídico, sea, en la sentencia de fondo. Ello no significa entrar a descubrir el fondo del asunto, sino, por el contrario, lograr la



sencillez procesal, pues de lo contrario, si se incurre en audiencias, o en pruebas desmedidas, se estaría desnaturalizando el fin para el cual fueron concebidas. 3.- El peligro de demora, por la urgencia de tomar la medida y evitar daños irreparables a alguna de las partes, o al interés de la colectividad, antes de que se falle el asunto. Así lo establece el artículo 242 del Código Procesal Civil al indicar que la medida cautelar debe tomarse para evitar que se cause una lesión grave, previo al dictado de la sentencia." (T.S.A., voto N° 193 de las 14:40 horas del 23 de abril de 1997.)¹⁵

"II.- El incidente de suspensión que contempla el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como las facultades otorgadas al juez en el artículo 242 del Código Procesal Civil, son medidas cautelares cuyo único objetivo es evitar que en el lapso requerido para tramitar un proceso, se le cause a una de las partes una lesión grave y de difícil reparación. El propósito no es prejuzgar sobre el fondo del asunto principal debatido, sino garantizar provisionalmente la eficacia *in natura* de la sentencia definitiva que se llegue a dictar. Los caracteres más relevantes de las medidas cautelares son: 1.- instrumentalidad con la sentencia definitiva, 2.- provisionalidad; 3.- urgencia para evitar el peligro en la mora, y 4.- que son adoptadas en virtud de una cognición sumaria superficial efectuada por el órgano jurisdiccional sin entrar a prejuzgar sobre el mérito del asunto. En consecuencia, el juez puede tomar todas aquellas disposiciones que considere proporcionadas, adecuadas y necesarias, según las particularidades del caso, para prevenir que se frustre el resultado del proceso."¹⁶

"PRIMERO: Mediante resolución de las ocho horas con diez minutos del treinta de noviembre del dos mil cuatro, el Juzgado Penal Juvenil y de Familia del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, confiere como medida provisional la guarda, crianza, educación y administración de bienes de la menor R.S.G.al señor Carlos Shorly Blandón.

SEGUNDO: Recurre la medida de protección señalada la señora Nery García Erazo por cuanto considera que dicha decisión carece de fundamentación. Alega además que no existe prueba clara y contundente que determine que la menor no puede estar con ella, así como tampoco la niña ha dicho que quiere estar con el padre.

TERCERO: Con las medidas cautelares atípicas se pretende dar respuesta a una situación particular que requiere una solución inmediata, a fin de evitar daños o perjuicios mayores. Tales medidas están diseñadas principalmente para aquellos procesos que involucran intereses particulares de personas menores de edad, o



en general de personas cuya capacidad de actuar se encuentra disminuida. Precisamente son medidas "atípicas" porque queda a criterio del juzgador su definición y concretización, de ahí que se requiere la participación activa y creativa del juzgador. Se busca entonces con dichas medidas dar respuesta lo más pronto posible a la situación alegada, aunque no por ello se deben dictar medidas sin la reflexión necesaria, por el contrario debe tratarse de medidas atinadas y consecuentes con el interés superior de la persona menor de edad o de la persona con discapacidad. Deben ser medidas que guarden el margen de razonabilidad, lógica y proporcionalidad a que ha hecho referencia la Sala Constitucional en reiteradas oportunidades.

CUARTO: Del estudio de los autos se desprende que existe prueba calificada que permite concluir la idoneidad de la medida cautelar apelada. Ello se desprende principalmente del estudio psicosocial elaborado por funcionarios judiciales, valoración técnica de la cual se confirió audiencia a las partes y no fue objetado por ninguna de ellas. Por otro lado contamos con la propia manifestación de la recurrente en cuanto a que no es verdad el abuso sexual del cual se dice fue objeto su menor hija R. Independientemente de que ello sea verdad o no, es claro que mientras se investiga tal situación la niña debe ser protegida así como debe recibir la terapia requerida para víctimas de abusos sexuales, a fin de que en la eventualidad de resultar cierto el alegado abuso, ello no afecte negativamente el desarrollo integral de la menor. Así entonces la medida cautelar apelada tiene fundamento probatorio y normativo. Esto no significa de manera alguna que la decisión final de este asunto deba correr la misma suerte que la medida cautelar, pues en sentencia se contará con mayores elementos probatorios que podrían arrojar una conclusión diferente. Así las cosas procede confirmar la medida cautelar apelada."¹⁷

FUENTES CONSULTADAS

-
- ¹ FERNANDEZ GONZALES, (Katia). Registro, Requisa y Secuestro. Revista Judicial. San José, Costa Rica. Número 48. Diciembre 1989. Pág.172 (Localización: Biblioteca de Derecho UCR. Signatura R340)
- ² BADILLA JARA (Javier) y otro. Análisis de las Medidas Cautelares de Carácter Personal en el Código Procesal Penal a la luz de los Principios Constitucionales. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1998. Pág. 15 (Localización : Biblioteca de Derecho, UCR, signatura Tesis



3265)

- ³ CHIOVENDA (Giuseppe). Instituciones de Derecho procesal Civil. Conceptos Fundamentales. La Doctrina de las Acciones. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen I. 1954. Pág. 318. (Localización: Biblioteca de Derecho UCR. Signatura 345.7ch539.i)
- ⁴ MIRANDA GONZALEZ, (Susie) y otro. Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Constitucional. Tesis para optar al grado de Licenciados en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. Pág. 47 (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura Tesis 2533)
- ⁵ BENAVIDES SANTOS, (Diego). Los procesos familiares en Costa Rica. Revista IVSTITIA. San José, Costa Rica. Año 11 N° 126 Junio-Julio 1997. Pág. 6-7. 47 (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura R340I)
- ⁶ CHIOVENDA, (Giusseppe). Instituciones de Derecho procesal Civil. México DF, México. Editorial Jurídica Universitaria. Volumen IV. 2001. Pág. 164. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 345.7 Ch 539 i)
- ⁷ JINESTA LOBO, (Ernesto). La tutela Cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. San José, Costa Rica. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica. 1996. Pág. 163. (Localización: Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 344.2 J61t)
- ⁸ BRENES ARIAS, (Tatiana). Las Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. Pág. 83-85 (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura Tesis 3242)
- ⁹ PARAJELES VINDAS. Curso de Derecho Procesal Civil. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A. Volumen I. 1998. Pág. 227. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 345.7 P222c)
- ¹⁰ JINESTA LOBO, (Ernesto). Pág. 158
- ¹¹ BRENES ARIAS, (Tatiana). Op. Cit. Pág. 47
- ¹² CODIGO PROCESAL CIVIL. Ley N° 7130 De 16 de Agosto de 1989. Art. 242.
- ¹³ CODIGO DE FAMILIA. Ley 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres.
- ¹⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 7190 de las quince horas veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- ¹⁵ TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE.



Resolución 157 De las catorce horas quince minutos del dieciséis de mayo de dos mil tres.

¹⁶ SECCION PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Resolución 49 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de febrero de dos mil uno.

¹⁷ TRIBUNAL DE FAMILIA DE SAN JOSE. Resolución 648 de las nueve horas del primero de junio de dos mil cinco.

AVISO LEGAL

El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.