



## Informe de Investigación

### Título: Medidas cautelares atípicas en Materia de Familia [Jurisprudencia]

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho de Familia.	<b>Descriptor:</b> Dedidas Cautelares en Materia de Familia.
<b>Palabras clave:</b> Medicas Cautelares atípicas, Procedencia, Anotación de demanda, Régimen de Visitas. CPC.	
<b>Fuentes:</b> Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 06 – 2012.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Jurisprudencia.....</b>	<b>2</b>
a) Medidas cautelares atípicas en materia de familia: Análisis sobre el fundamento, límites y requisitos del derecho a tutela cautelar.....	2
b) Procedencia de medida cautelar que ordena a sociedad anónima abstenerse de disponer bienes sobre los que se discute ganancialidad.....	6
c) Deber de fundamentar medida cautelar de depósito de menor en hogar diferente al de progenitores.....	10
d) Anotación de la demanda: Solicitud de levantamiento debe hacerse por vía incidental y no por tercería de dominio.....	14
e) Medidas cautelares en materia de familia: Fundamento con respecto al régimen de visitas.....	18
f) Régimen de visitas: Posibilidad de otorgarlo como medida cautelar.....	19
g) Menor de edad: Fundamento del régimen de visitas como medida cautelar.....	20
h) Régimen de visitas: Poder cautelar de juez para dictarlo de forma provisional.....	21

## 1 Resumen

El presente informe recopila jurisprudencia sobre las medidas cautelares atípicas y su aplicación en procesos de familia. Se toma en cuenta el artículo 242 del Código Procesal Civil el cual dice: **“ARTÍCULO 242<sup>1</sup>.- 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.”** del mismo se extraen las presentes jurisprudencias del Tribunal de Familia.

## 2 Jurisprudencia

### **a) Medidas cautelares atípicas en materia de familia: Análisis sobre el fundamento, límites y requisitos del derecho a tutela cautelar**

[Tribunal de Familia]<sup>2</sup>

Voto de mayoría

“II.- Como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho de toda persona a la tutela cautelar. En efecto, en su voto n.º 2005-6224 de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005 estimó lo siguiente: “IV.- **DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR.** A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. (...) A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces (sic) un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e



indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez (sic). V.- **CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR.** El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito – función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (sic) (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) **El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial,** y b) el legislador (sic) ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. **Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem).** Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador (sic) está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). VI.- **TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL.** De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. **El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución,** para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), **de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política,** a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez (sic) (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito (...).” (La negrita es agregada. En el mismo sentido pueden consultarse los votos de esa misma Sala n.ºs 2006-9570, emitido a las 16:13 horas del 5 de julio de 2006, a propósito de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código Procesal Civil y 2008-17306, de las 14:59 horas del 19 de noviembre de 2008). Por su parte, este Tribunal ha puntualizado que “(...) uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art. 98 del Código Procesal Civil), para lo cual 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. (...). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado, quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la finalidad última que motiva la interposición de demandas.”** (Voto n.º 438-02, de las 9:30 horas del 4 de abril de 2002). En síntesis, la posibilidad de solicitar y la de ordenar medidas cautelares encuentran fundamento tanto en una noción material del principio de igualdad procesal como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como atienden al riesgo que supone la tramitación misma del proceso y su consiguiente duración para la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales, su objetivo no es otro que evitar la pérdida de virtualidad práctica del derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener, de manera tal que no se torne ilusorio. Sirven, por tanto, para garantizar o asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.-

III.- El *Código Procesal Civil* prevé, por un lado, un conjunto de medidas cautelares típicas y, por el otro, reconoce como una de las facultades de los órganos jurisdiccionales ordenar aquellas otras que se consideren adecuadas. Su numeral 242 dispone que *“Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez (sic) 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.”* Tratándose de un proceso en el que está involucrada una persona menor de dieciocho años, como sucede en este, el *Código de la niñez y la adolescencia* establece en su artículo 115, inciso i), como uno de los deberes de las autoridades jurisdiccionales, *“Usar el poder cautelar.”* Debido a la urgencia que suele justificarlas y a su carácter excepcional, por regla general, las medidas cautelares se adoptan sin escuchar a quien ocupa la posición contraria en el proceso. Eso no desconoce, claro está, el derecho de oponerse a ellas una vez acordadas. Para facilitar el ejercicio de este derecho y, en especial, como una consecuencia del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y del derecho al debido proceso, esa potestad, como suele suceder con cualquier otra en un Estado de Derecho como el costarricense, está sujeta a límites objetivos. Algunos se concretan en los requisitos que deben concurrir para poder ordenarlas, a saber: **a) Periculum in mora:** constituido por el riesgo de daño que se puede sufrir debido a la inevitable duración del proceso y a la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia, lo que puede frustrar la ejecución de lo resuelto en definitiva. Como apunta Ernesto JINESTA LOBO (*La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José: Ediciones Colegio de Abogados, 1995, pp. 127-128), esta exigencia se basa en el fundado temor de que *“(…) la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso (sic) del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.”* **b) Fumus boni iuris** o apariencia de buen derecho de la demanda, para lo cual la persona solicitante debe invocar aquellas razones y aportar los datos y justificaciones que permitan formarse un juicio preliminar sobre la eventual adecuación a derecho de la petitoria formulada. Esta exigencia se orienta a identificar la probabilidad de tutela jurídica de la demanda en la resolución de fondo. **c) Instrumentalidad y correlatividad** de la medida cautelar con el resultado del proceso, o sea, que lo solicitado resulte ser un medio para garantizar los eventuales resultados favorables del proceso (sobre el tema puede revisarse el voto del Tribunal Primero Civil n.º 905-F, de las 8:25 horas del 5 de setiembre de 2007). El otro límite de trascendental importancia es la necesaria de fundamentación o motivación de la medida acordada. Es obvio que la resolución mediante la cual se ejerce el poder cautelar es un típico auto que, por eso mismo, debe explicitar el juicio valorativo de quien lo emitió. Así se desprende de lo previsto en los artículos 153, inciso 2) y 159 del *Código Procesal Civil*, en virtud de los cuales todo órgano jurisdiccional está obligado a pronunciarse de forma expresa sobre las peticiones de las partes, mediante una fundamentación clara, adecuada y suficiente que explicita las razones y valoraciones por las que se adopta la

decisión correspondiente. Solo de ese modo las personas interesadas pueden tener conocimiento efectivo de los motivos de un proveído determinado y pueden ver garantizado su derecho fundamental al debido proceso y, en particular, el de defensa, reconocidos, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la *Constitución Política* y 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos*. Esa exigencia de fundamentación ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional. En su voto n.º 5801-95, de las 15:06 horas del 24 de octubre de 1995, reiterado en el n.º 2008-8645, de las 17:36 horas del 21 de mayo de 2008, puntualizó que: “(...) *las autoridades jurisdiccionales, en cualquier materia de que se trate, deben respetar el debido proceso y el derecho de defensa, resolviendo en forma debidamente fundamentada de todas las cuestiones que le sean sometidas a su conocimiento (...), pues el ejercicio del poder jurisdiccional no puede considerarse arbitrario, sobre todo cuando se perjudican los intereses de los involucrados en el proceso. (...) Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones (...) permite (...) conocer las razones del órgano jurisdiccional y controlar la corrección del criterio en la vía de alzada.*” En el n.º 2009-2616, de las 13:05 horas del 17 de febrero de 2009, insistió en que “(...) *todo órgano jurisdiccional tiene el deber constitucional ineludible de motivar y fundamentar debidamente sus decisiones, por lo que debe expresar los motivos de hecho y de derecho en que se apoya. Y es que la motivación de la resolución permite conocer los razonamientos que utiliza el juez (sic) para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con lo que se procura garantizar que sus determinaciones se sustenten en criterios razonables y objetivos, y se posibilita, además, que tal decisión pueda ser controlada en alzada. (...) Pero, además, dicha resolución debe contener la descripción y valoración de las alegaciones o del material probatorio existente hasta ese momento (...), así como expresar las razones por las cuales éste (sic) estima que concurren los presupuestos que justifican su fijación, y se debe plasmar el juicio de ponderación efectuado por el juez (sic) (...).*” En un asunto como este, tal requerimiento también encuentra respaldo en lo dispuesto en el ordinal 107 del *Código de la niñez y adolescencia*, aplicable por analogía, a cuyo tenor, “*En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: / (...) / f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución que establezca la medida de protección, la autoridad judicial o administrativa deberá explicar a la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual se seleccionó tal medida.*”-

**IV.-** En abono de lo expuesto, para la Sala Constitucional, “(...) **las “medidas cautelares” en sí mismas no son inconstitucionales y (...) resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida. Sobre el particular, la Sala por sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que: / “... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita (sic) garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como “un conjunto de potestades procesales del juez (sic) -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." (...)* (La negrita es agregada. Voto n.º 3929-95, de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995, reiterado en parte en los n.ºs 2005-16007, de las 16:28 horas del 23 de noviembre de 2005; 2007-9342, de las 15:37 horas del 28 de junio de 2007 y 2007-252, de las 11:21 horas del 12 de enero de 2007)."

***b) Procedencia de medida cautelar que ordena a sociedad anónima abstenerse de disponer bienes sobre los que se discute ganancialidad***

***Principio constitucional de tutela judicial efectiva: análisis sobre el fundamento, límites y requisitos del derecho a tutela cautelar***

[Tribunal de Familia]<sup>3</sup>

Voto de mayoría

***“IV.-*** Como se indicó en el voto de este Tribunal n.º 596-10, de las 10 horas del 3 de mayo de 2010, el derecho de toda persona a la tutela cautelar es parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así lo reconoció en forma expresa la Sala Constitucional en el voto n.º 2005-6224, de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005, en el cual estimó lo siguiente: ***“IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. (...) A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces (sic) un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez (sic). / V.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR. El derecho a la tutela***



cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito – función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (sic) (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador (sic) ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador (sic) está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). / VI.- TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. **El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución**, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), **de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política**, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez (sic) (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito (...).” (La negrita es agregada. En el mismo sentido pueden consultarse los votos de esa misma Sala n.ºs 2006-9570, de las 16:13 horas del 5 de julio de 2006, emitido a propósito de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código Procesal Civil 2008-17306, de las 14:59 horas del 19 de noviembre de 2008). Por su parte, este Tribunal ha puntualizado que “(...) uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art. 98 del Código Procesal Civil), para lo cual 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. (...). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado, quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la

*finalidad última que motiva la interposición de demandas.*" (Voto n.º 438-02, de las 9:30 horas del 4 de abril de 2002). En síntesis, la posibilidad de solicitar y la de ordenar medidas cautelares encuentran fundamento tanto en una noción material del principio de igualdad procesal como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como atienden al riesgo que supone la tramitación misma del proceso y su consiguiente duración para la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales, su objetivo no es otro que evitar la pérdida de virtualidad práctica del derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener, de manera tal que no se torne ilusorio. Sirven, por tanto, para garantizar o asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.-

**V.-** Tratándose, como sucede en este caso, de un proceso en el que se discute la ganancialidad de determinados bienes, el *Código de Familia* establece en su artículo 41 que *"Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes."* Sin duda, la finalidad de ese precepto es limitar la disposición de aquellos haberes sobre los cuales podría ser declarado el derecho de participación o de crédito reclamado, que es, justamente, lo perseguido con la orden impugnada. Para esta Cámara resulta claro, entonces, que, en el fondo, la limitación impuesta no es ni más ni menos que una reiteración de lo previsto en esa norma. En todo caso, el *Código Procesal Civil*, aplicable también en esta materia, no solo prevé un conjunto de medidas cautelares típicas, sino que reconoce como una de las facultades de los órganos jurisdiccionales ordenar aquellas otras que se consideren adecuadas. Al respecto, su numeral 242 dispone que *"Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez (sic) 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."* Por consiguiente, no es atendible el alegato de que se está en presencia de una decisión ilegal. A idéntica conclusión se llega si se revisa el cumplimiento de los diversos requisitos que deben concurrir para poder ordenar una medida de esa naturaleza, a saber:

**a) Periculum in mora:** constituido por el riesgo de daño que se puede sufrir debido a la inevitable duración del proceso y a la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia, lo que puede frustrar la ejecución de lo resuelto en definitiva. Como apunta Ernesto JINESTA LOBO (*La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José: Ediciones Colegio de Abogados, 1995, pp. 127-128), esta exigencia se basa en el fundado temor de que *"(...) la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso (sic) del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal."*

**b) Fumus boni iuris** o apariencia de buen derecho de la demanda, para lo cual la persona solicitante debe invocar aquellas razones y aportar los datos y justificaciones que permitan formarse un juicio preliminar sobre la eventual adecuación a derecho de la peticoria formulada. Esta exigencia se orienta a identificar la probabilidad de tutela jurídica de la demanda en la resolución de fondo.

**c) Instrumentalidad y correlatividad** de la medida cautelar con el resultado del proceso, o sea, que lo solicitado resulte ser un medio para garantizar los eventuales resultados favorables del proceso (sobre el tema puede revisarse el voto del Tribunal Primero Civil n.º 905-F, de las 8:25 horas del 5 de setiembre de 2007). En este caso, la decisión del órgano de primera instancia se justifica no solo en la petición expresa contenida en el escrito inicial de que se declare que la actora *"(...) tiene el derecho a gananciales, es decir a la mitad del valor neto de todos los bienes constatados en el patrimonio del demandado, sean todos los descritos en esta demanda, así como aquellos que tenga en su patrimonio, inscritos o no a su nombre, el señor E."* (Folio 402), lo que unido a la existencia de un vínculo matrimonial entre las partes (certificación de folio 1) configura la apariencia de buen derecho y, al mismo tiempo, determina su instrumentalidad, sino también en el hecho de que el accionado tiene acciones y es parte de la junta directiva de una sociedad anónima que puede estar manejando bienes suyos y, eventualmente, al amparo del principio de independencia patrimonial, podría disponer de ellos y afectar así el derecho reclamado. Es más, no cabe duda que

el manejo que esa persona jurídica haga de sus haberes va a tener incidencia directa en el valor de mercado de las acciones que conforman su capital social, con lo cual la plusvalía de las que pertenecen a don E. se podría ver comprometida con grave perjuicio para el posible derecho de la señora A., en caso de que sea otorgado en la sentencia. Por consiguiente, aparte del respaldo jurídico, la medida ordenada encuentra pleno asidero fáctico.-

**VI.-** En abono de lo expuesto, conviene tener en cuenta que, para la Sala Constitucional, "(...) **las "medidas cautelares" en sí mismas no son inconstitucionales y (...) resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida. Sobre el particular, la Sala por sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que: / "... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita (sic) garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez (sic) -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." (...)" (La negrita es agregada. Voto n.º 3929-95, de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995, reiterado en parte en los n.ºs 2005-16007, de las 16:28 horas del 23 de noviembre de 2005; 2007-9342, de las 15:37 horas del 28 de junio de 2007 y 2007-252, de las 11:21 horas del 12 de enero de 2007).-**

**VII .-** Por otra parte, es falso que la señora Valverde Chavarría no haya pedido imponerle a [...], Sociedad Anónima, limitaciones de disposición y uso de los bienes cuya declaratoria de ganancialidad pretende. En efecto, en su escrito de demanda (folios 384-414), solicitó en forma expresa lo siguiente: "Asimismo solicito con todo respeto que se le aperciba al demandado en su condición personal y como apoderado de la empresa [...] S.A., de no realizar ningún acto, movimiento, asamblea o asiento en dichos libros, bajo el apercibimiento de ley. (...) / (...) También como medida cautelar respetuosamente le solicito a su autoridad ordenar al señor E., abstenerse de disponer, traspasar, pignorar o de cualquier forma distraer los bienes de su patrimonio, sean a título personal o de la empresa dicha, o cualquier otra, bajo el apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de los delitos de simulación y fraudes correspondientes." Y tampoco es admisible que la imposición de medidas cautelares relacionadas con la limitación en el uso y disposición de los bienes de titularidad del demandado, ya sea que formen parte de su patrimonio o estén siendo utilizados por [...], Sociedad Anónima, constituya un abuso. El hecho de que esa empresa no sea parte en el proceso no impide ordenarle que se

abstenga de distraer el haber patrimonial sobre el cual la señora A. podría ostentar algún derecho de crédito. Como ya se apuntó, no es factible hacer caso omiso que, conforme lo prevé el numeral 41 del Código de Familia, los bienes con vocación de ganancialidad se consideran gravados de pleno derecho y eso impide disponer de ellos a la espera de las resultas de un asunto como este. Y si se trata de haberes cuya titularidad ostenta el señor E. no se observa cómo se puede estar limitando el giro normal de los negocios societarios o su ejercicio del comercio. De todos modos, el principio societario de independencia patrimonial no puede amparar el abuso de derecho, su ejercicio antisocial o el fraude de ley (artículos 21, 20 y 22 del Código Civil).”

**c) Deber de fundamentar medida cautelar de depósito de menor en hogar diferente al de progenitores**

**Medidas cautelares atípicas en materia de familia**

[Tribunal de Familia]<sup>4</sup>

Voto de mayoría

“III.- Como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional ha reconocido el derecho de toda persona a la tutela cautelar. En efecto, en su voto n.º 2005-6224 de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005 estimó lo siguiente: “IV.- **DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR.** A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. (...) A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces (sic) un poder general de cautela para que adopten las medidas precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez (sic). / V.- **CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR.** El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito –



función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (sic) (aparición de buen derecho -*fumus boni iuris*- y el peligro en la mora -*periculum in mora*-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) **El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial**, y b) el legislador (sic) ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. **Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem).** Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador (sic) está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). /VI.- TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. **El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución**, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), **de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política**, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez (sic) (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito (...).” (La negrita es agregada. En el mismo sentido pueden consultarse los votos de esa misma Sala n.ºs 2006-9570, emitido a las 16:13 horas del 5 de julio de 2006, a propósito de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código Procesal Civil y 2008-17306, de las 14:59 horas del 19 de noviembre de 2008). Por su parte, este Tribunal ha puntualizado que “(...) uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art.98 del Código Procesal Civil), para lo cual 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.** (...). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado, quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la finalidad última que motiva la interposición de demandas.” (Voto n.º 438-02, de las 9:30 horas del 4 de abril de 2002). En síntesis, la posibilidad de solicitar y la de ordenar medidas cautelares encuentran fundamento tanto en una noción material del principio

de igualdad procesal como en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como atienden al riesgo que supone la tramitación misma del proceso y su consiguiente duración para la eficacia de los pronunciamientos jurisdiccionales, su objetivo no es otro que evitar la pérdida de virtualidad práctica del derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener, de manera tal que no se torne ilusorio. Sirven, por tanto, para garantizar o asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.-

**IV.-** El *Código Procesal Civil* prevé, por un lado, un conjunto de medidas cautelares típicas y, por el otro, reconoce como una de las facultades de los órganos jurisdiccionales ordenar aquellas otras que se consideren adecuadas. Su numeral 242 dispone que *“Además de los procedimientos cautelares específicos, el juez (sic) 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.”* Tratándose de un proceso en el que está involucrada una persona menor de dieciocho años, como sucede en este, el *Código de la niñez y la adolescencia* establece en su artículo 115, inciso i), como uno de los deberes de las autoridades jurisdiccionales, *“Usar el poder cautelar.”* Debido a la urgencia que suele justificarlas y a su carácter excepcional, por regla general, las medidas cautelares se adoptan sin escuchar a quien ocupa la posición contraria en el proceso. Eso no desconoce, claro está, el derecho de oponerse a ellas una vez acordadas. Para facilitar el ejercicio de este derecho y, en especial, como una consecuencia del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad y del derecho al debido proceso, esa potestad, como suele suceder con cualquier otra en un Estado de Derecho como el costarricense, está sujeta a límites objetivos. Algunos se concretan en los requisitos que deben concurrir para poder ordenarlas, a saber: **a) Periculum in mora:** constituido por el riesgo de daño que se puede sufrir debido a la inevitable duración del proceso y a la imposibilidad práctica de acelerar la producción de la sentencia, lo que puede frustrar la ejecución de lo resuelto en definitiva. Como apunta Ernesto JINESTA LOBO (*La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José: Ediciones Colegio de Abogados, 1995, pp. 127-128), esta exigencia se basa en el fundado temor de que *“(…) la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso (sic) del tiempo necesario para dictarse la sentencia principal.”* **b) Fumus boni iuris** o apariencia de buen derecho de la demanda, para lo cual la persona solicitante debe invocar aquellas razones y aportar los datos y justificaciones que permitan formarse un juicio preliminar sobre la eventual adecuación a derecho de la petitoria formulada. Esta exigencia se orienta a identificar la probabilidad de tutela jurídica de la demanda en la resolución de fondo. **c) Instrumentalidad** y correlatividad de la medida cautelar con el resultado del proceso, o sea, que lo solicitado resulte ser un medio para garantizar los eventuales resultados favorables del proceso (sobre el tema puede revisarse el voto del Tribunal Primero Civil n.º 905-F, de las 8:25 horas del 5 de setiembre de 2007). El otro límite de trascendental importancia es la necesaria defundamentación o motivación de la medida acordada. Es obvio que la resolución mediante la cual se ejerce el poder cautelar es un típico auto que, por eso mismo, debe explicitar el juicio valorativo de quien lo emitió. Así se desprende de lo previsto en los artículos 153, inciso 2) y 159 del *Código Procesal Civil*, en virtud de los cuales todo órgano jurisdiccional está obligado a pronunciarse de forma expresa sobre las peticiones de las partes, mediante una fundamentación clara, adecuada y suficiente que explicita las razones y valoraciones por las que se adopta la decisión correspondiente. Solo de ese modo las personas interesadas pueden tener conocimiento efectivo de los motivos de un proveído determinado y pueden ver garantizado su derecho fundamental al debido proceso y, en particular, el de defensa, reconocidos, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la *Constitución Política* y 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos*. Esa exigencia de defundamentación ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional. En su voto n.º 5801-95, de las 15:06 horas del 24 de octubre de 1995, reiterado en el n.º 2008-8645, de las 17:36 horas del 21 de mayo de 2008, puntualizó que: *“(…) las autoridades*

jurisdiccionales, en cualquier materia de que se trate, deben respetar el debido proceso y el derecho de defensa, resolviendo en forma debidamente fundamentada de todas las cuestiones que le sean sometidas a su conocimiento (...), pues el ejercicio del poder jurisdiccional no puede considerarse arbitrario, sobre todo cuando se perjudican los intereses de los involucrados en el proceso. (...) Por otra parte, la fundamentación de las resoluciones (...) permite (...) conocer las razones del órgano jurisdiccional y controlar la corrección del criterio en la vía de alzada." En el n.º 2009-2616, de las 13:05 horas del 17 de febrero de 2009, insistió en que "(...) todo órgano jurisdiccional tiene el deber constitucional ineludible de motivar y fundamentar debidamente sus decisiones, por lo que debe expresar los motivos de hecho y de derecho en que se apoya. Y es que la motivación de la resolución permite conocer los razonamientos que utiliza el juez (sic) para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, con lo que se procura garantizar que sus determinaciones se sustenten en criterios razonables y objetivos, y se posibilita, además, que tal decisión pueda ser controlada en alzada. (...) Pero, además, dicha resolución debe contener la descripción y valoración de las alegaciones o del material probatorio existente hasta ese momento (...), así como expresar las razones por las cuales éste (sic) estima que concurren los presupuestos que justifican su fijación, y se debe plasmar el juicio de ponderación efectuado por el juez (sic) (...)." En un asunto como este, tal requerimiento también encuentra respaldo en lo dispuesto en el ordinal 107 del Código de la niñez y adolescencia, aplicable por analogía, a cuyo tenor, "En todo proceso o procedimiento en que se discutan disposiciones materiales de este Código, las personas menores de edad tendrán derecho a lo siguiente: / (...) / f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución que establezca la medida de protección, la autoridad judicial o administrativa deberá explicar a la persona menor de edad, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual se seleccionó tal medida."

V.- En abono de lo expuesto, para la Sala Constitucional, "(...) **las "medidas cautelares" en sí mismas no son inconstitucionales y (...) resultan jurídicamente viables, en la medida que cumplan con los presupuestos de fondo necesarios para su adopción, a saber: el interés actual de la petición; la posibilidad de acogimiento de la pretensión principal; el carácter grave, irreparable o difícil de reparar del daño que se pretende evitar; una posición favorable del interés público; control judicial y medios de impugnación; y la temporalidad de la medida. Sobre el particular, la Sala por sentencia número 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estableció que: / "... Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita (sic) garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez (sic) -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." (...)" (La negrita es agregada. Voto n.º 3929-95, de las 15:24 horas del 18 de julio de

1995, reiterado en parte en los n.ºs 2005-16007, de las 16:28 horas del 23 de noviembre de 2005; 2007-9342, de las 15:37 horas del 28 de junio de 2007 y 2007-252, de las 11:21 horas del 12 de enero de 2007).-

**VI.-** En este caso, como lo evidencia la impugnante, a pesar de que, con la demanda, fueron aportados diversos documentos, que conforman un arsenal probatorio abundante que ocupa los folios 1 al 93, la jueza *a-quo* omitió su análisis, se conformó con afirmar "(...) *que la persona menor de edad A.J. se encuentra en una situación de riesgo social (...)*" y, por eso, ordenó su depósito provisional. Esa forma de resolver no puede ser avalada por este Tribunal, sobre todo cuando se ha dispuesto una medida cautelar de la envergadura de la cuestionada. Como mínimo, el órgano recurrido debió puntualizar en qué consiste el riesgo (*periculum in mora*); cuáles elementos de convicción permiten afirmarlo, al menos preliminarmente; cuál es el valor atribuido a cada uno y qué conclusiones se derivan de su estudio conjunto (*fumus boni iuris*). También debió explicar por qué el depósito es la medida más aconsejable y por qué la actora es escogida como depositaria provisional del niño (instrumentalidad, correlatividad e idoneidad). Al no haber actuado de ese modo, resulta obvia la falta de fundamentación de la decisión acusada y es patente el incumplimiento de los requerimientos legales para ejercer válidamente ese poder cautelar, con lo cual se produjo una indiscutible vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la parte accionada. En definitiva, no es legítimo que un órgano jurisdiccional se limite a resolver como lo hizo el Juzgado de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José, sobre todo cuando se han soslayado los argumentos esgrimidos y los diversos medios probatorios aportados por quien plantea una gestión como la de comentario. Como ya se ha reiterado, tratándose, además, de una medida gravosa para una de las partes, es un deber ineludible explicitar los motivos por los cuales es procedente en los términos en que fue dispuesta, para lo cual es preciso analizar, cuando menos, si se cumplen las exigencias especificadas en los apartados anteriores, de manera tal que la parte en desacuerdo con lo resuelto pueda contrargumentar y, por supuesto, que el superior en grado no se vea obligado a fundamentar y a valorar la prueba en única instancia.-

**VII.-** Como coroloario de todo lo expuesto, se impone anular el auto dictado a las trece horas diez minutos del veinticuatro de marzo de dos mil diez. Vuelva el expediente a su oficina de origen para que el Juzgado *a quo* proceda a resolver la medida cautelar solicitada por la señora M. como corresponde, de conformidad con los lineamientos antes indicados."

**d) Anotación de la demanda: Solicitud de levantamiento debe hacerse por vía incidental y no por tercería de dominio**

**Improcedente tercería de dominio para solicitar levantamiento de anotación de demanda**

[Tribunal de Familia]<sup>5</sup>

Voto de mayoría

**"V.- IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD ALEGADA.** Desde el voto n.º 2083-04, de las 11:25 horas del 24 de noviembre de 2004, este Tribunal estableció que la tercería de dominio, regulada



hoy por la *Ley de Cobro Judicial*, es una vía procesal diseñada para canalizar un tipo particular de pretensión: la solicitud de levantamiento del embargo planteada por el titular —un tercero— del bien sobre el cual se hizo recaer. En un fallo más reciente, el n.º 884-2009, de las 8:05 horas del pasado 9 de junio, se indicó lo siguiente: “*En ningún momento la norma de la Ley de Cobro Judicial hace referencia, como tampoco lo hacía el Código Procesal Civil, a que la tercería de dominio sea una vía procesal adecuada para pretender levantar las medidas cautelares de anotación de demanda, porque (...) es exclusiva para el embargo.*” De ahí se deriva que “*(...) no es posible aplicarla en la anotación de la demanda (...) si se pretende levantar la anotación, la gestión debe resolverse en un simple incidente; ya que si bien no está expresamente consagrado en la legislación, debe recordarse que los incidentes no son taxativos, sino que se refieren a procedimientos especiales del Código Procesal Civil a fin de resolver cualquier articulado del proceso, máxime cuando se trata de situaciones procesales. Sea que lo mas (sic) sano y correcto, desde la óptica procesal, es que se siga un “Incidente de levantamiento de anotación de demanda” y no una tercería como se ha venido haciendo, en la cual deben aplicarse las normas procesales de los artículos 483 y siguientes del Código Procesal Civil y aplicando, algunas normas de la tercería por analogía (en vista de la similitud dicha) para la admisibilidad o el desarrollo del derecho de fondo discutido.*” El desconocimiento de esa tesis por parte de la Jueza *a quo* ha dado lugar a uno más de los yerros de tramitación cometidos en primera instancia a lo largo de este proceso, algunos de los cuales justificaron y fueron puestos en evidencia en el voto de este Tribunal n.º 915-06, de las 8:30 horas del 23 de junio de 2006 (folios 152-154). También lo es haber decidido en sentencia el levantamiento de la anotación sobre el vehículo placas EE-xxx, inscrito en la actualidad a nombre del señor L. No obstante, en virtud de los principios de especificidad (la nulidad requiere texto expreso y, en todo caso, debe ser aplicada restrictivamente), de trascendencia o *pas de nullité sans grief* (no hay nulidad sin agravio; es decir, sin violación a las garantías del juicio) y de conservación de los actos procesales (ver los artículos 194 y 197 del *Código Procesal Civil*, los votos de la Sala Segunda n.ºs 2004-544, de las 9:20 horas del 1º de julio de 2004 y 2005-779, de las 10:15 horas del 14 de setiembre de 2005 y los de este Tribunal n.ºs 1732-04, de las 11 horas del 5 de octubre de 2004; 66-05, de las 10 horas del 25 de enero de 2005; 108-06, de las 11:10 horas del 2 de febrero y 1649-06, de las 11:30 horas del 18 de octubre, ambos de 2006), resulta improcedente declarar la nulidad alegada por la actora, con base en esos argumentos, toda vez que la decisión de levantar esa medida cautelar es acertada. Nótese que en su resolución de las 8:15 horas del 23 de abril de 2004, visible a folio 29, el órgano de primera instancia denegó la práctica de la anotación sobre los bienes que no fuesen propiedad registral del señor B. Como, para ese momento, estaba acreditado en el expediente que dicho vehículo pertenecía registralmente a don L. (ver certificación de folios 15-16) y como él nunca fue demandado, la expedición del correspondiente mandamiento es el producto de un craso error —otro más— del Juzgado de Familia de San Carlos. En consecuencia, esa actuación jurisdiccional carece de asidero jurídico y lo que debió hacerse, en esas particulares circunstancias, fue dejarla sin efecto y asumir las consecuencias del error, en lugar de estimar la tercería de dominio. En otras palabras, como el resultado es el mismo, decretar la nulidad y ordenar corregir los vicios de tramitación apuntados no sería otra cosa que un ejercicio de rigorismo procedimental que quebranta principios básicos como el de economía y el de instrumentalidad de las normas procesales, este último recogido en el numeral 3 *ibidem*, a cuyo tenor “*Al interpretar la norma procesal, el juez (sic) deberá tomar en cuenta que la finalidad de aquella (sic) es dar aplicación a las normas de fondo.*” Por consiguiente, aun cuando, en principio, ese tipo de disposiciones sean de orden público y de obligado acatamiento (artículo 5 *ibidem*), lo cierto es que no debe perderse de vista que si se ha cumplido su finalidad —dar aplicación a las de fondo—, como sucede en este aspecto concreto, no es posible exigir su cumplimiento cual si fuesen valores autónomos con sustantividad propia. Además, por tratarse de una medida cautelar de efecto continuado, no es



posible admitir que la posibilidad de solicitar su levantamiento haya precluido. Por el contrario, mientras el bien esté gravado, cabe hacerla y lo único que se puede alegar para oponerse a ella es la legitimidad de la anotación ordenada porque concurren los presupuestos que la hacen procedente; es decir, la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora*. Adicionalmente, nada impide conocer de esa petición de cese cuando consta el traspaso previo al inicio del proceso del bien sobre el cual recae a favor de quien no figura como parte accionada y que, por eso mismo, no debió ser anotado (ver, en similar sentido, los votos de este Tribunal n.ºs 928-02, de las 8:30 horas del 10 de julio de 2002; 1599-04, de las 11:40 horas del 14 de setiembre de 2004 y 926-06, de las 10:10 horas del 28 de junio de 2006). En lo que sí lleva razón la apelante es en su cuestionamiento de la condenatoria al pago de las costas ocasionadas por la mal llamada tercería de dominio. Si, como ya se apuntó, nunca se ordenó mediante resolución firme realizar esa anotación y, por ese motivo, el mandamiento expedido no encuentra respaldo en un acto jurisdiccional válido y eficaz y si doña M. no ocultó que el titular registral del vehículo era un tercero pues fue ella misma quien aportó la certificación visible a folios 15-16, es obvia la ilegitimidad de tal decisión. En todo caso, no puede perderse de vista que ella pidió en forma expresa la declaratoria de ganancialidad de ese bien —lo que será resuelto en un considerando posterior y, como se verá, no está supeditado a su pertenencia al patrimonio del demandado ni al ejercicio de la acción conexas de simulación del acto traslativo de dominio verificado—, lo cual torna razonable su solicitud y su alegato sobre la procedencia de la anotación de comentario. Obviamente, la titularidad de ese vehículo por un tercero solo tiene incidencia en la imposibilidad de la actora, en caso de obtener un pronunciamiento favorable a su interés, de perseguirlo por la vía de apremio a efecto de hacer efectiva la satisfacción de su derecho ganancial. Así las cosas, por haber sido acreditado que ese automotor no pertenece a ninguna de las personas demandadas y porque los eventuales vicios del traspaso realizado no fueron canalizados como correspondía, mediante el ejercicio oportuno de la acción de simulación pertinente, se debe mantener el levantamiento de la anotación ordenado en la sentencia recurrida, aclarando que se hace sin perjuicio de lo que más adelante deba resolverse sobre la ganancialidad de su valor neto. Su exclusión de los bienes anotados no prejuzga, entonces, sobre el eventual derecho de participación de la señora M. [...]

**XXI.- ANOTACIÓN DE LA DEMANDA.** Como lo ha reconocido la Sala Constitucional, toda persona es titular del derecho fundamental a la tutela cautelar. En su voto n.º 2005-6224, de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005 estimó lo siguiente: *“IV.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR. A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. Incluso, el entonces Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sus autos-sentencia números 402 de las 15 hrs. del 29 de noviembre, 413 de las 16:20 hrs. del 29 de noviembre, 421 de las 9:30 hrs. y 422 de las 9:45 hrs. del 12 de diciembre, todos de 1995, así lo ha reconocido y denominado. No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia. (...) . A mayor abundamiento, este derecho fundamental tiene fuerte asidero en el principio general del Derecho procesal común o chiovendiano que expresa que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón”, principio que le otorga a todos los jueces un poder general de cautela para que adopten las medidas*



*precautorias necesarias e indispensables para evitar que la duración fisiológica –normal y ordinaria- y patológica de los procesos no vaya en detrimento de la parte que probablemente tiene la razón. Bajo esta inteligencia, no existe una reserva de ley para las medidas o poderes cautelares del juez. / V .- CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA CAUTELAR. El derecho a la tutela cautelar, en cuanto incardinado en el contenido esencial del derecho más general a una justicia pronta y cumplida, comprende el derecho de pedir y obtener del órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias, idóneas y pertinentes para garantizar la eficacia de la sentencia de mérito – función esencial de la tutela cautelar-, si se cumplen los presupuestos de ésta (sic) (aparición de buen derecho -fumus boni iuris- y el peligro en la mora -periculum in mora-). Correlativamente, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se pueden extraer dos consecuencias, a saber: a) El otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial, y b) el legislador ordinario no puede negar, limitar, restringir o condicionar tal derecho. Los límites extrínsecos de este derecho fundamental están constituidos por los principios de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), para evitar un privilegio injustificado o una distinción objetivamente infundada y el de proporcionalidad, en sus diversas especificaciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, así como por el derecho fundamental a la defensa y el contradictorio (artículo 39 ibidem). Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador esta llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política). /VI.- TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL. De conformidad con el texto constitucional (artículo 153 de la Constitución Política), la función jurisdiccional, en un sentido material, consiste en conocer de las causas, resolverlas definitivamente –con autoridad de cosa juzgada, artículo 42 de la Constitución Política- y ejecutar las resoluciones. Desde esta perspectiva, la tutela cautelar se constituye en un poder jurisdiccional implícito en el contenido del numeral 153 de la Constitución Política, necesario para garantizar provisionalmente la eficacia del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia de mérito y, por consiguiente, su ejecución. Conviene agregar que la tutela cautelar tiene una clara e inequívoca vocación instrumental, accesoria y transitoria, características a partir de las cuales encuentra fundamento en el poder principal de cognición y decisión del órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, como un poder constitutivo más, debe procurar, en todo momento, una eficacia inmediata y directa del Derecho de la Constitución, para el caso de los preceptos constitucionales 33, 41, 49 y de los principios y valores ahí supuestos y presupuestos, en cuanto lo vincula fuertemente por aplicación del principio de la supremacía constitucional (artículo 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), de modo que aunque los textos legales no contemplen determinadas medidas cautelares, deben utilizar su poder general de cautela contenido en el ordinal 153 de la Constitución Política, a fin de brindarle una eficacia progresiva y extensiva al derecho fundamental a la tutela cautelar. En efecto, la interpretación por el juez (...) del ordenamiento procesal (...), conforme con el Derecho de la Constitución –artículos 33, 41 y 49 de la Carta fundamental-, le impone adoptar las medidas cautelares necesarias e idóneas para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito (...).”(En el mismo sentido puede consultarse el voto de la Sala Constitucional n.º 2006-9570, emitido a las 16:13 horas del 5 de julio de 2006, a propósito de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 242 del Código Procesal Civil. También conviene consultar el n.º 3929-95, de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995). De ahí que, como ha puntualizado este Tribunal “(...) uno de los deberes del órgano jurisdiccional es asegurar en lo posible el resultado del juicio (art. 98 del Código Procesal Civil), para lo cual 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 (doctrina el numeral 242 ibídem). Estas facultades, tienen como propósito el (sic) impedir, cuando sea posible, que una sentencia declarativa de un derecho para el administrado, quede en la etapa de otorgamiento del derecho abstracto y sea imposible hacerlo concreto, cual es la finalidad última que motiva la interposición de demandas.” (Voto n.º 438-02, de las 9:30 horas del 4 de abril de 2002). Tratándose, como sucede en este proceso, de una demanda planteada por una mujer, esa potestad encuentra amparo en normas que forman parte del parámetro de constitucionalidad. En concreto, en el artículo 16 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, a cuyo tenor “1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: / (...) / c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; / (...) / h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.” y en los numerales 4, inciso g) y 7 de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* que contemplan, por su orden, el derecho fundamental a un recurso sencillo y rápido para la defensa de los derechos de las mujeres y la obligación estatal de erradicar la violencia patrimonial. Con base en esos razonamientos y en lo previsto en el numeral 41 del *Código de Familia* procede ordenar la anotación inmediata de la finca del partido de Alajuela matrícula de folio real xxx, inscrita a nombre de C.C., Sociedad Anónima.”*

**e) Medidas cautelares en materia de familia: Fundamento con respecto al régimen de visitas**

[Tribunal de Familia]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

“II. El régimen provisional de interrelación familiar (que es una denominación más precisa para el llamado régimen de visitas) tiene su fundamento en la normativa procesal y de fondo de la materia, pues no es posible adoptar como regla que el régimen de visitas únicamente se puede otorgar por sentencia, pues eso sería ir en contra de los principios del derecho de familia (artículos 3 de la *Convención sobre Derechos del Niño* y 2 del *Código de Familia*), y olvidar que el derecho procesal debe servir para aplicar el derecho de fondo (artículo 3 del *Código Procesal Civil*). Es igualmente desconocer que existen las medidas cautelares y tutelares (artículo 115 inciso I del *Código de la Niñez y la Adolescencia*, en relación con el 113 incisos a y b del mismo, 242 del *Código Procesal Civil*, en relación con el numeral 9 párrafo 3 de la *Convención sobre Derechos del Niño*). Al contrario, como se deriva de la normativa que se ha citado, el poder cautelar es un deber del Juez que conozca de un asunto en el cual esté involucrado el interés de una persona menor de edad, y resolver que no existe un régimen de visitas como medida cautelar, es contrario a la normativa, a toda razonabilidad y proporcionalidad. III. En nuestro caso, no lleva razón la apelante en el sentido de que el régimen pedido por el actor se puede conocer hasta que haya un informe psicosocial previo, ya que el menor y su padre tienen tiempo de no tratarse. Esa tesis atentaría contra el

derecho del menor de compartir con su padre, y a la vez el derecho del actor de interrelacionarse con su hijo. En autos, ya se encuentra el peritaje psicosocial forense realizado a las partes y al menor G. J, por lo que no existe obstáculo para que el padre se interrelacione con su hijo. El régimen provisional se concede a favor del actor, quien podrá compartir en la casa de habitación del menor G. J, y el mencionado actor no debe de ir acompañado a la visita de su nueva compañera sentimental.”

**f) Régimen de visitas: Posibilidad de otorgarlo como medida cautelar**

[Tribunal de Familia]<sup>7</sup>

Voto de mayoría

**II.-** El régimen provisional de interrelación familiar (que es una denominación más precisa para el llamado régimen de visitas) tiene su fundamento en la normativa procesal y de fondo de la materia, pues no es posible adoptar como regla que el régimen de visitas únicamente se puede otorgar por sentencia, pues eso sería ir en contra de los principios del derecho de familia (artículos 3 de la Convención sobre Derechos del Niño y 2 del Código de Familia), y olvidar que el derecho procesal debe servir para aplicar el derecho de fondo (artículo 3 del Código Procesal Civil). Es igualmente desconocer que existen las medidas cautelares y tutelares (artículo 115 inciso i del Código de la Niñez y la Adolescencia, en relación con el 113 incisos a y b del mismo, 242 del Código Procesal Civil, en relación con el numeral 9 párrafo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño). Al contrario, como se deriva de la normativa que se ha citado, el poder cautelar es un deber del Juez que conozca de un asunto en el cual esté involucrado el interés de una persona menor de edad, y resolver que no existe un régimen de visitas como medida cautelar, es contrario a la normativa, a toda razonabilidad y proporcionalidad.

**III.-** En nuestro caso, lleva razón el apelante en el sentido de que la actora pidió que el régimen fuera cada quince días, y no todos los fines de semana como ordenó el Juzgador de primera instancia, y sin que signifique que el Juzgador no pueda otorgar más de lo pedido en virtud del interés superior del niño, lo cierto es que en este caso conviene y es prudente estarse a la pauta planteada por la madre en su acto de iniciación procesal. Por ende, corresponde modificar la resolución recurrida y en su lugar se otorga a la madre el derecho de tener a su hijo cada quince días con el mismo horario otorgado por el órgano A quo, manteniendo además el punto que no ha sido objeto de impugnación como lo es el horario del día miércoles.”



**g) Menor de edad: Fundamento del régimen de visitas como medida cautelar**

[Tribunal de Familia]<sup>8</sup>

Voto de mayoría

" II.- El régimen provisional de interrelación familiar (que es una denominación más precisa para el llamado régimen de visitas) tiene su fundamento en la normativa procesal y de fondo de la materia. Adoptar como regla que el régimen de visitas únicamente se puede otorgar por sentencia, sería ir en contra de los principios del derecho de familia (artículos 3 de la Convención sobre Derechos del Niño y 2 del Código de Familia), y olvidar que el derecho procesal debe servir para aplicar el derecho de fondo (artículo 3 del Código Procesal Civil). Es igualmente desconocer que existen las medidas cautelares y tutelares (artículo 115 inciso i del Código de la Niñez y la Adolescencia, en relación con el 113 incisos a y b del mismo, 242 del Código Procesal Civil, en relación con el numeral 9 párrafo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño). Al contrario, como se deriva de la normativa que se ha citado, el poder cautelar es un deber del Juez que conozca de un asunto en el cual esté involucrado el interés de una persona menor de edad, y resolver que no existe un régimen de visitas como medida cautelar, es contrario a la normativa, a toda razonabilidad y proporcionalidad.-

III.- En el caso que nos ocupa, por el momento no se encuentra ninguna razón que impida la práctica de un régimen provisional de interrelación familiar. Lo que se alega son situaciones propias respecto a la posibilidad del padre de estar al tanto de su hijo, ya que el régimen que se pide es para el padre, quien su horario de trabajo no le permite estar con el niño, según alega la madre. En un estadio preliminar del proceso y con carácter de medida cautelar se fijó el régimen del viernes a las seis de la tarde hasta el domingo hasta las seis de la tarde. No contando con prueba para hacer una valoración cotejada, el Tribunal en pleno es del criterio que en un caso como éste lo prudente es fijar un régimen provisional que atienda parcialmente la observación de la madre en cuanto a un supuesto horario de trabajo del padre, para que el mismo se desarrolle desde el día sábado desde las cuatro de la tarde, hasta el día domingo hasta las seis de la tarde. Ya será en la etapa respectiva que se corroboren las afirmaciones de ambas partes, y con más elementos se resuelva conforme con el interés superior de la persona menor de edad, pero por lo pronto como se dijo, lo mejor es readecuar el régimen provisional. En ese sentido se revoca la resolución recurrida."

***h) Régimen de visitas: Poder cautelar de juez para dictarlo de forma provisional  
Menor de edad: Terminología de referencia que debe emplear el juzgador***

[Tribunal de Familia]<sup>9</sup>

Voto de mayoría

**I.-** La resolución recurrida establece un régimen provisional de visitas a favor de José Víquez Chaves, así: domingos de las ocho de la mañana a las doce mediodía, comenzando a regir el primer domingo posterior a la firmeza de esta resolución. El apoderado especial judicial de la demandada ha interpuesto recurso vertical contra dicha decisión argumentando que no se ha realizado el dictamen psicológico al grupo familiar involucrado.

**II.-** El régimen provisional de **interrelación familiar** (que es una denominación más precisa para el llamado régimen de visitas) tiene su fundamento en la normativa procesal y de fondo de la materia. Adoptar como regla que el régimen de visitas únicamente se puede otorgar por sentencia, sería ir en contra de los principios del derecho de familia (artículos 3 de la Convención sobre Derechos del Niño y 2 del Código de Familia), y olvidar que el derecho procesal debe servir para aplicar el derecho de fondo (artículo 3 del Código Procesal Civil). Es igualmente desconocer que existen las medidas cautelares y tutelares (artículo 115 inciso i del Código de la Niñez y la Adolescencia, en relación con el 113 incisos a y b del mismo, 242 del Código Procesal Civil, en relación con el numeral 9 párrafo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño). Al contrario, como se deriva de la normativa que se ha citado, el **poder cautelar** es un deber del Juez que conozca de un asunto en el cual esté involucrado el interés de una persona menor de edad, y resolver que no existe un régimen de visitas como medida cautelar, es contrario a la normativa, a toda razonabilidad y proporcionalidad.-

**III.-** Por el momento no se encuentra ninguna razón que impida la práctica de un régimen provisional de interrelación familiar, y sin prejuzgar sobre lo que ha de resolverse en el fondo del asunto, puede observarse que antes bien la pieza pericial de folios 49 y siguientes recomienda la relación. No obstante, nota este Tribunal que el horario debe ser modificado, tomando en cuenta que por lo general el día domingo es un día de descanso, y que la jornada normalmente comienza unos momentos después a lo que generalmente se acostumbra de lunes a viernes, así que las cuatro horas asignadas deben correrse para que resulte mejor, así deberá practicarse de las diez de la mañana a las dos de la tarde. Igual pareciera recomendable a esta altura procesal –y sin que incida en la resolución final- que el régimen se practicara cada quince días, para que el otro progenitor también tenga la oportunidad de compartir con la niña los días domingo.

**IV.-** Es importante, también precisar que es recomendable utilizar como terminología de referencia a las personas menores de dieciocho años la **deniños o adolescentes** (según sean menores o mayores a los doce años, artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia) o el de **persona menor de edad**. Igualmente en la frase en su “condición de ser humano” pareciera más atinado aludir a su condición de **“sujeto de derechos”**, aún y cuando es obvio que ese es el sentido que se quiso dar, conforme con la filosofía que informa el bloque normativo moderno de niñez y adolescencia.”

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA.- Ley número 7130 del dieciséis de agosto de 1989. Código Procesal Civil. Fecha de vigencia desde 03/11/1989. Versión de la norma 9 de 9 del 04/12/2008. Datos de la Publicación Gaceta número 208 del 03/11/1989. Alcance: 35.
- 2 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 338 de las nueve horas veinte minutos del nueve de marzo del dos mil once. Expediente: 10-400625-0421-FA.
- 3 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 824 de las doce horas del veintidós de junio de dos mil diez. Expediente: 09-001452-0187-FA.
- 4 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 596 de las diez horas del tres de mayo de dos mil diez. Expediente: 10-000121-0673-NA.
- 5 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 33 de las trece horas cuarenta minutos del seis de enero de dos mil diez. Expediente: 04-400202-0300-FA.
- 6 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1038 de las ocho horas veinte minutos del siete de agosto de dos mil siete. Expediente: 06-400258-0675-FA.
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1681 de las ocho horas diez minutos del ocho de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 05-400376-0637-FA.
- 8 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 1842 de las ocho horas veinte minutos del dieciséis de diciembre de dos mil tres. Expediente: 03-400151-0197-VD.
- 9 TRIBUNAL DE FAMILIA.- Sentencia número 720 de las ocho horas quince minutos del veintiocho de mayo de dos mil tres. Expediente: 02-000100-0165-FA.