

# LA PENSIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR INTERPRETADA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

MSc. Max Fernández López<sup>1</sup>

## Resumen:

En el presente ensayo se hace un análisis sobre la pensión provisional que fijan los jueces de familia, la cual es considerada por la jurisprudencia constitucional como medida cautelar típica que si bien es cierto tiene sus propias particularidades, tampoco está ayuna de los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales de otras ramas del Derecho.

Asimismo, se pone de manifiesto que el artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias regula el aumento automático para la pensión alimentaria, pero no define si puede fijarse para la pensión provisional o para la pensión definitiva, lo cual deja margen para que el operador jurídico pueda interpretar la norma en el sentido de darle más protección a la parte solicitante de una pensión provisional; sea, que a la luz de los derechos humanos tutele prioritariamente el derecho fundamental a la alimentación.

El hecho de que una pensión alimentaria provisional no sea objeto de los incrementos estipulados en la ley hace que el beneficiario pierda poder adquisitivo, mientras que los ingresos del proveedor sí se incrementan por ley, ya sea del sector público o privado.

## Abstract:

The present essay makes an analysis of the provisional alimony which is fixed by the family judges and considered as a precautionary judicial measure; it is provided of its own particularities in sight of the Family branch of the law and does not lack of presumption of doctrinal and jurisprudence in the other areas of law.

It is also clear that the article 58 of the Alimony Law regulates the automatic increase for the alimony, but it is not well defined if it applies to the provisional alimony or the definite alimony; this gives a margin of interpretation for the judges in order to give more protection to the applicant of the provisional alimony, in light of the human rights to protect the fundamental right for food.

The fact that the provisional alimony it's not subject to the regular law increments regulated by law makes the beneficiary to lose acquisitive power, whilst the provider receives regular increments provided by law as an employee, either from the public or the private sectors.

## Palabras Claves:

Pensión alimentaria provisional, medida cautelar, interpretación, derechos humanos.

## Key Words:

Provisional alimony, precautionary measure, interpretation, human rights.

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente ensayo es abrir el debate sobre la posibilidad de que a la pensión provisional, una vez firme, se le puedan aplicar los aumentos automáticos que establece el artículo 58 de Ley de Pensiones Alimentarias, de manera que no se vea menoscabado el derecho a la alimentación del beneficiario ni se afecte su poder adquisitivo, ya sea porque una de las partes abusa del Derecho procesal, al interponer todo tipo de recursos para dilatar el proceso o porque el órgano jurisdiccional por exceso de trabajo u otras circunstancias, contraviene el principio de justicia pronta y cumplida.

Para ahondar en el tema, se hará un análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo sobre la naturaleza jurídica de la pensión provisional, la cual desde el punto de vista procesal se concibe como una medida cautelar.

La pensión provisional, como medida cautelar, debe cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales de las medidas cautelares en general, e interpretarse a la luz de los principios especiales de la Ley de Pensiones Alimentarias;<sup>2</sup> pero con profundo respeto de los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el país, específicamente en materia de familia<sup>3</sup>.

Otro de los objetivos de este análisis crítico es introducir el tema en la cultura jurídica y abrir la discusión sobre la posibilidad de que los jueces familiares interpreten el referido artículo 58, que regula la pensión provisional acorde con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sea desde el prisma del principio *pro homine pro libertate*, porque esa norma parece no distinguir meridianamente si el aumento automático se puede dar en la pensión provisional como se da en la definitiva.

<sup>2</sup> El artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Pensiones Alimentarias establece: En materia procesal, se estará a los principios de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, verdad real, sencillez, informalidad y sumariedad, todo esto en equilibrio con el debido proceso.

<sup>3</sup> Véase Análisis sobre la normativa nacional e internacional que se aplica a los procesos alimentarios. Rojas Montero, Diana; Rojas Espinoza, Milagro, y Villanueva Monge, Zarela. *La duración y aspectos relevantes de los procesos de Pensión Alimentaria en el II Circuito Judicial de San José, Influencia de sesgos androcéntricos*. Tesis de Grado para optar por el título de Máster en Estudios sobre la Violencia Familiar e Intrafamiliar. Universidad de Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado. Páginas 83-3. También el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece un sistema de aplicación jerárquica de fuentes.

<sup>1</sup> Máster en Derecho Constitucional, Abogado litigante, consultor, investigador y profesor universitario. / maxfernandezl@hotmail.com / 8358-2813

## II. GENERALIDADES SOBRE LA PENSIÓN PROVISIONAL

El artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentaria, en relación con el artículo 168 del Código de Familia, establece la posibilidad que el juez de familia<sup>4</sup> fije una pensión provisional como medida cautelar en el auto que le da traslado a la demanda, y valore preliminarmente las pruebas que aporta la parte accionante, y si media recurso de revocatoria con apelación en subsidio, deberá incorporar en su nueva resolución las pruebas que aporta el demandado.

La misma norma establece que la medida cautelar se mantiene aunque el auto que la fije no se encuentre firme, y en caso de incumplimiento se decreta orden de apremio corporal contra el obligado.

Para determinar el monto provisional, el operador jurídico debe ajustarse a la reformada fórmula sui generis que ideó el legislador en 1974 en el artículo 164 del Código de Familia;<sup>5</sup> pero inspirado fundamentalmente en los principios rectores que establece el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias, y en el supuesto en que estén involucrados menores y mujeres, debe ajustarse con mayor apego al Código de la Niñez y la Adolescencia; a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra las mujeres, así como otras normas especiales o tratados internacionales si intervienen otros grupos como indígenas o discapacitados, por ejemplo.

Ahora bien, en la praxis judicial, tratándose de menores de edad, una vez probado el parentesco, el juez está obligado a decretar la pensión provisional “*en una suma capaz de llenar, de momento, las necesidades básicas de los alimentarios y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.*” Sin embargo, cuando es un mayor de edad el solicitante de la pensión, el juez tiene la facultad de otorgar o denegar la pensión provisional y reservarla hasta el dictado de la sentencia.

Como se puede colegir, cuando hay un menor de edad de por medio, el juez está obligado a fijar la pensión provisional con fundamento los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>6</sup>; pero si el solicitante es mayor de edad, aun siendo mujer, es facultativo por parte del operador jurídico decretar esa medida.

Obviamente, los jueces familiares deben analizar de manera preliminar el elenco probatorio y fundamentar la resolución que establezca el monto de pensión provisional o se deniegue, porque contra dicha resolución cabe recurso de apelación ante el superior jerárquico, quien deberá necesariamente hacer un análisis más profundo, porque el *a quo* ya realizó una valoración preliminar al dictar sentencia, y

probablemente en alzada afloren nuevos elementos y medien alegatos de ambas partes.

Desde el punto de vista procesal, la medida cautelar establecida por el juez de familia no debe apartarse de los requisitos legales, y puede integrar lineamientos jurisprudenciales y doctrinales relativos a la materia cautelar, pero no puede estar ayuna, ni omitir los principios propios de la especialidad y, por supuesto, debe ajustarse a la harta jurisprudencia constitucional que tiene carácter vinculante *erga omnes*.<sup>7</sup>

Es importante recordar que el artículo 58 de la ley comentada, establece la posibilidad por la vía incidental, de modificar el rubro de la pensión cuando varían las circunstancias, tanto del beneficiario como del proveedor; no obstante este es un procedimiento accesorio / incidental que se debe dirimir paralelamente con el proceso principal y que se da con mayor frecuencia cuando media una sentencia firme, y en menor grado cuando se está tramitando el proceso. En este último caso, porque eventualmente ya se ha discutido hasta en segunda instancia la pensión provisional y el juez de primera instancia está recabando y valorando otras pruebas que no constaban en el expediente.

Asimismo, los efectos jurídicos del incidente son inciertos, porque este puede declararse con o sin lugar, aparte de que son institutos procesales ideados por el legislador con fines y efectos distintos al de la pensión provisional.

Por otro lado, durante la tramitación del proceso de pensión la parte beneficiaria puede solicitar, por la vía incidental, una liquidación de gastos extraordinarios que no se contemplen en la pensión provisional; pero al igual que el ejemplo anterior, es un proceso accesorio/incidental al principal que puede correr con la suerte de ser acogido o no.

Por lo tanto, estos paliativos o remedios procesales para cobrar gastos extraordinarios, así como para solicitar un aumento por variación de las circunstancias de las partes, resultan inciertos y conllevan toda una tramitación que muchas veces es poco expedita, por lo que el monto recibido por la pensión provisional se mantendría incólume hasta que se resuelva el incidente, lo que redundaría en un perjuicio real para el beneficiario, al ver menoscabado su poder adquisitivo del ingreso para adquirir bienes y servicios.

## III. LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN LA DOCTRINA NACIONAL

JINESTA señala que la *función principal de la medida cautelar es garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva* y así que no se dé una denegación a la justicia por una excesiva duración del proceso. Las medidas cautelares se pueden solicitar al juez antes de presentar la demanda, para lo cual se tiene un plazo perentorio para presentar la demanda; también se pueden solicitar con la demanda y durante el proceso.

<sup>7</sup> Artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

<sup>4</sup> El artículo 3 inciso 1 de la Ley Contra la Violencia Doméstica le otorga competencia al juez de violencia como medida protección fijar una pensión provisional.

<sup>5</sup> Artículo modificado por la Ley de Pensiones Alimentarias, publicada en La Gaceta N.º 16, del 23 de enero de 1997.

<sup>6</sup> Especialmente, el Principio VII El interés superior del Menor regulado en la Declaración de los Derechos del Niño; retomado en el artículo 37 apartado C de la Convención de los Derechos del Niño y a nivel interno el artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el artículo 137 del Código de Familia.

Como la normativa procesal en materia de pensión alimentaria no regula específicamente los presupuestos de las medidas cautelares, el juez de familia se podría ver obligado a recurrir, supletoriamente, al Código Procesal Civil,<sup>8</sup> a los Principios Generales de Derecho, a la jurisprudencia, a la doctrina y al Derecho comparado.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la fijación de la pensión provisional se encuentra regulada en el artículo 21 de la Ley de Pensiones Alimentarias, por lo cual estamos ante una medida cautelar típica, en la que el juez se debe ajustar a los presupuestos legales, pero por múltiples circunstancias podría tener que nutrirse de otras fuentes del ordenamiento jurídico, máxime si se plantea el supuesto de fijar un aumento automático antes de la firmeza de la pensión definitiva.

El artículo 242 del Código Procesal Civil regula específicamente las medidas cautelares y al efecto dice:

*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.*

Esta norma ha sido objeto de un vasto desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el cual escapa del objeto de este ensayo; sin embargo, es importante resaltar algunos aportes interesantes que sobre este instituto procesal han desarrollado algunos juristas.

Al respecto señala VIQUEZ<sup>9</sup> que las medidas cautelares en materia de derecho de familia, deben contener los mismos presupuestos de otras áreas del Derecho y sobre todo los que contiene la Sentencia de la Sala Constitucional N.º 6337-02, de las 14 horas 40 minutos del 26 de junio de 2002.

## IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 4.1. El *Periculum in mora*

*El periculum in mora* es uno de los presupuestos que reconoce pacíficamente la doctrina nacional, y se relaciona directamente con el peligro que corre el reconocimiento del Derecho de verse inmerso en un proceso judicial que puede prolongarse indefinidamente hasta el dictado de la sentencia, cuando esa tardanza puede generar un daño irreparable para la parte solicitante.

Por lo tanto, debe convencerse al juez por medio de pruebas sobre la verosimilitud de lo que se está solicitando y de que una tardanza en ordenar dicha medida puede generar un daño irreparable para la parte solicitante.

PICADO señala que en este presupuesto “*la carga de la prueba varía según el derecho sustantivo que se tutele. En materias con un carácter social donde no existe igualdad real entre las partes y una sea objetivamente más débil de la relación jurídica – procesal, tales como en el derecho de Familia,*” entre otros, y “*la carga de la prueba se invierte en términos tradicionales, limitándose a la demostración de una posibilidad o eventualidad del un posible daño, el cual, aún no habiéndose producido, justifica la aplicación de la medida cautelar*”.<sup>10</sup>

Esta valoración sobre la inversión de la carga de la prueba que hace el autor, evidentemente se aplica en el proceso de pensión alimentaria, porque con una certificación del Registro Civil en la que conste el parentesco, o con una denuncia por violencia doméstica, el juez puede decretar la pensión provisional; no obstante, debe estar vigilante para que no se dé un abuso del derecho de defensa, o se presenten fraudes procesales que pongan en peligro la libertad del proveedor.

Por otro lado, apunta JINESTA que, tratándose de medidas típicas, la discrecionalidad del juez resulta restringida por la tipicidad de la medida, y está privado de cualquier discrecionalidad.<sup>11</sup> En la fijación de la pensión provisional, esta aseveración se da parcialmente, porque el operador jurídico, una vez que verifique los presupuestos, tiene un amplio margen para establecer el monto de la pensión provisional; por supuesto, con un análisis preliminar de las pruebas aportadas y fundamentando su resolución.

### 4.2. El *fumus boni iuris*

Definido como “*la apariencia de buen derecho*”, el *fumus boni iuris* es uno de los presupuestos que debe valorar el operador jurídico a la hora de ordenar la medida cautelar; y radica básicamente en un estudio técnico de la probabilidad de que al solicitante le asista el derecho, por lo cual es imperioso decretar la medida.

En el caso de la fijación de la pensión provisional, por ser una medida típica regulada en una norma especial, basta con verificar los presupuestos del artículo 168 del Código de Familia referentes, básicamente la legitimación activa y la pasiva, y cerciorarse de que no se encuadre dentro de los supuestos del artículo 173 para decretar la medida cautelar. No obstante, el meollo del asunto está en determinar cautelarmente el *quantum*, procurando no incurrir en una injusticia, porque se puede desproteger a la parte solicitante o se puede poner en riesgo de perder la libertad al proveedor por no poder hacerle frente económicamente al monto decretado.

<sup>8</sup> Artículo 68 Ley de Pensiones Alimentarias.

<sup>9</sup> Viquez Vargas, Shirley, “*La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia*”. *Revista de la Judicatura*, año V, N.º 5, San José, Costa Rica, marzo 2009, página 53.

<sup>10</sup> Picado Vargas, Carlos Adolfo, *Medidas Cautelares en Procesos Comerciales (Aplicables en Materia de Protección al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles)*, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A. San José, Costa Rica, 2005, páginas 57-60.

<sup>11</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *La Tutela Cautelar Atípica en el Proceso Contencioso Administrativo*, Ediciones Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1996, páginas 157-162.

### 4.3. La correlatividad e instrumentalidad

La correlatividad la define PICADO como la conexidad que debe existir entre la pretensión cautelar y la pretensión principal, al existir identidad de los elementos esenciales de la relación jurídico-procesal, sean: sujeto, objeto y causa, y la instrumentalidad, como la idoneidad funcional de la medida cautelar en la que, dependiendo del objeto, el juez podrá aplicar una medida más o menos drástica.

### 4.4. La residualidad

Indica ULATE que la residualidad se da cuando el derecho que se busca tutelar judicialmente se encuentra seriamente amenazado, sin posibilidad de que pueda protegerse mediante una medida cautelar típica.<sup>12</sup>

Otros autores, ARGUEDAS, indican que las medidas cautelares se nutren de expresiones y conceptos que son fundamentales, a saber: la prueba inequívoca, verosimilitud de la alegación, fundado recelo, daño de difícil reparación, abuso del derecho y manifiesto propósito dilatador.<sup>13</sup> Estos conceptos que desarrolla el jurista guardan similitud con los presupuestos descritos líneas arriba, pero llama la atención la advertencia con respecto al abuso del Derecho, y en que la legislación procesal civil debe darle al juez la posibilidad de frenar el fraude procesal y establecer sanciones, como en el caso del Derecho procesal colombiano.

## V. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Según PICADO, las medidas cautelares tienen características propias que son correlativas e inseparables, entre las que están: *accesoriedad*; en el sentido de que su trámite corresponde a un procedimiento y no a un proceso, porque no tienen un fin propio; temporalidad; porque deben durar cuanto permanezca la situación de peligro y en principio no se deben extender más allá de la firmeza del fallo definitivo; fungibilidad, que va asociado a la fundamentación del *periculum in mora*, el cual, por diversas circunstancias puede cambiar y así también podrían modificarse o cancelarse las medidas adoptadas; residualidad, está ligada a la delimitación del contenido de las medidas ordenadas, las cuales deben ser racionales o proporcionadas a la situación alegada, y ante varias opciones cautelares el juez debe escoger la más adecuada y menos drástica para la contraparte; *sumario cognitio*, hace referencia a la celeridad con que se deben adoptar las medidas, pero sin dejar de lado la fundamentación y la valoración de la prueba y la cosa juzgada formal, que tiene efectos *inter partes* únicamente, y ante una sentencia desestimatoria se extinguen y si acoge la demanda se convierte en una medida sustitutiva.<sup>14</sup>

12 Ulate Chacón Enrique, "Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre 2007, página 145.

13 Arguedas Salazar, Olan, *Las Medidas Cautelares, La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2000, páginas 264-269.

14 Picado Vargas, Carlos Adolfo, *Medidas Cautelares en Procesos Comerciales*

### 5.1. Flexibilidad

Advierte VIQUEZ que el Derecho de Familia es un Derecho de realidad en constante evolución, en el cual el intérprete familiar puede tener un margen de maniobra para flexibilizar los institutos propios de esta rama y así encontrar la solución que más se adapte al caso concreto, y en el que con el solo hecho de que exista un conflicto familiar "ya se va a tener presente siempre un peligro en la demora".<sup>15</sup>

## VI. SUSTRATO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En otro orden de ideas, me sumo a la posición de los juristas PICADO,<sup>16</sup> JINESTA,<sup>17</sup> ARTAVIA<sup>18</sup> y ULATE<sup>19</sup>, quienes les dan un fundamento humanista a las medidas cautelares y manifiestan que el Estado debe garantizar una tutela judicial efectiva para que las personas, sin discriminación alguna, tengan el derecho a dirimir sus conflictos ante los diferentes órganos que se les reparen las injurias o daños que han recibido en su persona, propiedad o intereses morales; todo, en concordancia con el principio de justicia pronta y cumplida y conforme al debido proceso, según lo establece el artículo 41 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El principio de tutela judicial efectiva es uno de los pilares donde se apoyan los sistemas democráticos como el nuestro, y es en este principio, donde las medidas cautelares encuentran un sustrato ideal para desarrollarse, siempre en aras de salvaguardar la anhelada justicia.

## VII. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Uno de los derroteros que ha seguido la Sala Constitucional para articular el goce de los derechos fundamentales, frente a las potestades de imperio de los órganos del Estado en sentido amplio, han sido los principios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad, que deben extraerse de las resoluciones de cada ostentador de poder, y especialmente de los órganos jurisdiccionales en su función cautelar.

(Aplicables en Materia de Protección al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles), Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2005, páginas 71-83.

15 Víquez Vargas, Shirley, "La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia". *Revista de la Judicatura*, año V, N.º 5, San José, Costa Rica, marzo 2009, página 56.

16 *Ibidem*, páginas 35-53.

17 Jinesta Lobo, Ernesto, *La Tutela Sumaria Cautelar La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, San José, Costa Rica, 2000, páginas 237-248.

18 Artavia Barrantes, Sergio, *Tutela Anticipatoria; Cautelar y Procesal en el Proceso Civil -su estado actual-*, *La Gran Reforma Procesal*, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000, páginas 294-297.

19 Ulate Chacón Enrique, "Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre-Diciembre 2007, páginas 141 y 142.

Dentro de este marco se encuadra el artículo 242 del Código Procesal Civil, que contempla las medidas cautelares típicas y de manera residual las atípicas, lo que deja pie para el juzgador pueda decretar medidas cautelares por solicitud de parte o de manera oficiosa.

Por lo tanto, en estricto derecho, tanto las medidas cautelares típicas como las atípicas deben estar inspiradas por esos principios, y no pueden decretarse sin ningún límite de manera irrestricta, que pueda generar perjuicio para alguna de las partes.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos presupuestos que deben tener las medidas cautelares, a saber: lícitas y jurídicamente posibles, provisionales, fundamentales, modificables, accesorias, naturaleza preventiva, efectos asegurativos y ser homogéneas (Ver voto 633702 de las 14 horas 40 minutos del 26 de junio del 2002).

Específicamente en materia familiar, la Sala ha catalogado la pensión provisional como una medida cautelar y le encuentra arraigo en los artículos 51 y 52 constitucionales, con la finalidad de resguardar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, la vivienda y la educación, al respecto ha señalado:

*“el derecho a la prestación alimentaria se deriva de los vínculos familiares que impone ya sea el matrimonio, la patria potestad o bien el parentesco, y tiene como objeto asegurar al beneficiario alimentario el suministro de aquellos extremos necesarios para su normal desarrollo físico y psíquico. Así, la obligación de dar alimentos tiene sustento tanto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que con su satisfacción se le garantiza al acreedor alimentario el disfrute de una serie de derechos humanos indispensables para su subsistencia y desarrollo integral, entre los que se incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda y a la educación (ver en este sentido las sentencias número 2001-07517 de las 14:50 horas del 1 de agosto del 2001 y 2003-15392 de las 15:58 horas del 19 de diciembre del 2003). Sentencia N.º 2008 -017708 de las trece horas y veintiuno minutos del cinco de diciembre del dos mil ocho.*

## VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El juez de Familia debe ser un juez humanista y conocedor de la realidad social, pero, sobre todo, un protector a ultranza de los derechos fundamentales, con una visión amplia y no reduccionista, para que todas resoluciones y sentencias sea un fiel reflejo de los principios rectores del Derecho de Familia; pero especialmente en los principios contenidos en la Ley de Pensiones Alimentarias, la Constitución Política y los tratados internacionales relativos al reconocimiento de los derechos humanos; donde estos últimos, al tener rango superior a la ley ordinaria, dimensionan y complementan las

normas, y en algunos casos cuando tutelen con mayor protección los derechos fundamentales, priman sobre la misma Constitución<sup>20</sup>.

Es imperativo que intérprete del Derecho Familiar, a la hora de buscar la génesis de las normas, armonice el Derecho sustantivo a la luz de los derechos humanos y, ante la menor duda, interprete las normas según el principio *pro homine pro libértate*, y en el caso de los procesos alimentarios, protegiendo a la parte más vulnerable.

Tanto el Derecho de fondo, como las normas procedimentales en la materia familiar, tienen una fuerte raigambre constitucional de respeto por los derechos fundamentales, y el juez familiar no debe apartarse de ese derrotero.

La forma en que está redactado del artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias abre la posibilidad para que el operador jurídico del Derecho de Familia pueda, ante una gestión de parte por un aumento automático de la pensión provisional, interpretar la norma de manera que proteja el derecho fundamental a la alimentación, pero, obviamente, valorando cada caso en concreto.

Negar un aumento automático en la pensión alimentaria provisional violentaría los principios rectores contenidos en el artículo 2 de la Ley de Pensiones Alimentarias y los derechos fundamentales comentados, aparte que se estaría menoscabando el derecho a la alimentación del beneficiario, por las siguientes razones:

1. Técnicamente, el proceso de pensión alimentaria es sumario, pero en la *praxis* puede durar años, haciendo nugatorio los derechos de las partes, y, en caso concreto, el derecho del beneficiario.
2. Mientras el ingreso del proveedor se incrementa semestralmente, por mandato legal, según labore en el sector público o en el privado, el monto recibido por el beneficiario se mantiene congelado, lo que, evidentemente, va en detrimento del instituto procesal, que trata de resguardar sus necesidades básicas.
3. El hecho de que el monto de la pensión provisional se mantenga congelado hasta la firmeza de la sentencia, se va a ver reflejado en una pérdida significativa y, por tal, real del poder adquisitivo para el beneficiario, quien adquirirá menos bienes y servicios por la misma cantidad de dinero que recibe.

Revisando el expediente legislativo número 11.928 que dio origen a la Ley de Pensiones Alimentarias 7674, específicamente las actas donde se discutió el artículo 58 referente al aumento automático, se puede determinar que la iniciativa surgió por parte del diputado Gerardo Trejos,<sup>21</sup> quien inicialmente proponía un aumento fijo del 5%, pero ante las intervenciones con carácter de preguntas por parte de los diputados Benavides Benavides y Venegas Porras, se terminó por

<sup>20</sup> Sentencia 3435 de las 16 horas 20 minutos del 11 noviembre de 1992. Sala Constitucional de Costa Rica.

<sup>21</sup> Moción No 17-17, Acta No 17 del 25 de setiembre de 1996, Expediente Legislativo 11.928, páginas 25-30.

acordar un monto indexado a la inflación y se desechó la iniciativa inicial.

Por lo tanto, se puede concluir que ni en las fuentes parlamentarias de donde se origina la norma, se puede encontrar una respuesta al vacío normativo que motivó este artículo, en el sentido de que el legislador no abordó profundamente en este aspecto; es decir, no diferenció entre el aumento a la pensión provisional o definitiva; ahondado esto debido a que en el acta donde se consigna la discusión no se grabó la parte de la intervención del proponente, por lo que el espíritu de la norma se encuentra parcialmente velado.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Arguedas Salazar, Olman: “*Las Medidas Cautelares*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Artavia Barrantes, Sergio: “*Tutela Anticipatoria; Cautelar y Procesal en el Proceso Civil – su estado actual*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Jinesta Lobo, Ernesto: “*La Tutela Sumaria Cautelar*”, La Gran Reforma Procesal, Editorial Guayacán, Poder Judicial, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2000.
- Picado Vargas, Carlos Adolfo: “*Medidas Cautelares en Procesos Comerciales (Aplicables en Materia de Protec-*

*ción al Consumidor, Propiedad Intelectual y Sociedades Mercantiles)*”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2005.

Viquez Vargas, Shirley: “*La flexibilidad en la aplicación de la Tutela Cautelar en Materia de Familia*”, Revisa de la Judicatura, año V, número 5, San José, Costa Rica, marzo 2009.

Ulate Chacón Enrique: “*Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares en el Ámbito Constitucional, Comunitario e Internacional*”, Revista de Ciencias Jurídicas, No 114, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, Setiembre – Diciembre 2007.

## Tesis

- Carmona Pérez, Adán Luis: “*Obligación Alimentaria: Estudio Jurídico-Social de la Pensión Alimentaria Provisional*”, Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en Derechos, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008.
- Rojas Montero, Diana, Rojas Espinoza, Milagro, Villanueva Monge, Zarela: “*La duración y aspectos relevantes de los procesos de Pensión Alimentarias en el II Circuito Judicial de San José, Influencia de sesgos androcéntricos*”, Tesis de Grado para optar por el título de el título de Máster en Estudios sobre la Violencia Familiar e Intrafamiliar, Universidad de Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado, 2008.

# EL CONTRATO DE REASEGURO

Licda. Jennifer Isabel Arroyo Chacón\*

## Resumen:

La materia de seguros es sumamente amplia y compleja; no obstante, en nuestro país, no se le dado la publicidad requerida, quizás porque hemos gozado de un monopolio en esta materia durante muchos años; sin embargo, esta situación está cambiando, y es probable que pronto nos veamos bombardeados de mucha información sobre el tema. Dentro de las figuras propias de la materia de seguros, está el contrato de reaseguro, y es el interés de este artículo darle al lector una definición conceptual y explicativa de este tipo de contrato.

## Abstract:

The matter of insurances is extremely ample and complex, however, in our country, given to the required perhaps publicity, so that we have enjoyed a monopoly in this matter during many years, however, this situation to him this changing, and is not probable that soon we see ourselves we bombed of many information on the subject. Within the own figures of the matter of insurances, this the reinsurance contract, and is the interest of this article to give to the reader a conceptual and explanatory definition him of this type of contract.

## Palabras Claves:

Contrato de seguros  
Contrato de reaseguro  
Reaseguro facultativo  
Reaseguro automático

## Key Words:

Insurances contract  
Reinsurance contract  
facultative reinsurance  
Automatic reinsurance

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 22 de julio del 2008 se promulgó la Ley N.º 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, que deroga la Ley N.º 12 denominada Ley del Instituto Nacional de Seguros del 30 de octubre de 1924. En este instrumento legal, originado en la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica, se rompe el monopolio que en materia de seguros tenía el Instituto Nacional de Seguros, y se permite la introducción en el mercado nacional de otras compañías aseguradoras.

Ante este nuevo panorama, es lógico pensar que pronto nos veremos bombardeados de publicidad, en la que las

compañías aseguradoras que ingresen al mercado nos ofrezcan sus productos, y quizás esto dé pie para la creación de una cultura de seguros que hasta el momento no ha estado presente en nuestra sociedad.

Ahora bien, la materia de seguros es bastante amplia y en algunos aspectos compleja, por lo que el objetivo que busca este artículo es dar a conocer algunos términos básicos, en este caso el concepto de reaseguro. Para ello, debemos iniciar definiendo el término seguro, pues sin el seguro, el reaseguro no existiría; en consecuencia, es indispensable tenerlo claro antes de referirnos al reaseguro; al respecto, el presente artículo se divide en dos partes: la primera que versa sobre el seguro, y la segunda en donde se define el contrato de reaseguro.

## II. CONTRATO DE SEGURO

### Concepto de Contrato de Seguro

Para poder explicar el contrato de reaseguro, es necesario en primer lugar definir qué es un contrato de seguro, dado que es la base del reaseguro, tanto que sin el primero, el segundo no existiría.

La Ley N.º 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, en el artículo 2 define el seguro como:

*La actividad aseguradora consiste en aceptar, a cambio de una prima, la transferencia de riesgos asegurables a los que estén expuestas terceras personas, con el fin de dispersar en un colectivo la carga económica que pueda generar su ocurrencia. La entidad aseguradora que acepte esta transferencia se obliga contractualmente, ante el acaecimiento del riesgo, a indemnizar al beneficiario de la cobertura por las pérdidas económicas sufridas o a compensar un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.*

En palabras sencillas, podemos definir el contrato de seguro como el acuerdo mediante el cual un asegurado le traslada los riesgos de un acontecimiento que no se conoce con certeza si va a ocurrir a otra, a cambio de que en caso de suceder, el asegurador le cancelará el monto acordado, a fin de recuperar las pérdidas producidas por el siniestro. Igualmente, el asegurado se compromete a cancelar un monto, denominado prima al asegurador, aun cuando el acontecimiento no suceda y no requiera la indemnización correspondiente, con lo cual se benefician ambas partes: el asegurado, porque en caso de que surja un acontecimiento no perderá la totalidad de sus bienes, y el asegurador pues cobra las primas aun cuando no tenga que indemnizar a sus asegurados.

\* Contadora Pública y Abogada. Profesora Universidad San Marcos (USAM).