

# contenido

*presentación*

a

*prólogo*

xi

*exordio*

xv

*Tabla de abreviaturas*

2

capítulo primero

**LA TUTELA CAUTELAR.  
PERSPECTIVA GENERAL**

5

*sección primera:*

*APOGEO DE LA TUTELA CAUTELAR*

7

1. CAUSAS DETERMINANTES

7

- A.- El tiempo "fisiológicamente" necesario para el desarrollo de la función jurisdiccional. Imposibilidad de una justicia inmediata 7
- B.- Crisis de la justicia. Lentitud patológica del proceso 14
- C.- Privilegios de la Administración pública 21
- D.- Crisis del contencioso-administrativo
  - D.1.- *Proceso administrativo y tutela cautelar...* 31
  - D.2.- *Crisis del proceso administrativo, "revolución científica" y fin de un paradigma* 32
  - D.3.- *Carencias e inadecuación del proceso administrativo* 33
  - D.4.- *Nuevo paradigma: nuevo proceso* 36
  - D.5.- *Replanteamiento de los poderes del juez y de su papel en el nuevo proceso administrativo* 41
  - D.6.- *Nuevo proceso administrativo: nueva tutela cautelar* 44

2.- VIS EXPANSIVA: USO Y ABUSO DE LA TUTELA CAUTELAR . ,

46

Desarrollo de la tutela cautelar atípica	
46	
Abuso de la tutela cautelar atípica	
49	
Posible remedio al eventual abuso de la tutela cautelar atípica	
52	
FUNCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR (RATIO ESSENDI)	
53	
IMPORTANCIA	
61	
AUTONOMÍA: DIVERSIDAD DE ENFOQUES	
63	

*sección segunda:*  
**APROXIMACIÓN DOGMÁTICA**  
**A LA TUTELA CAUTELAR**  
71

1. TUTELA SUMARIA O DE URGENCIA	
71	
2. TUTELA SUMARIA NO CAUTELAR	
75	
3. TUTELA SUMARIA CAUTELAR	
77	
4. TUTELA PREVENTIVA O INHIBITORIA CAUTELAR..	
78	

*sección tercera:*  
**PERFIL CONSTITUCIONAL**  
**DE LA TUTELA CAUTELAR** 81

1. PRINCIPIO CHIOVENDIANO	81
2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR	85
A.- Tutela judicial efectiva y tutela cautelar	85
B.- El derecho a una justicia pronta y cumplida y la tutela cautelar	90
C.- Control jurisdiccional pleno de la administración y tutela cautelar	91
D.- Principio de igualdad y tutela cautelar	92
E.- Derecho fundamental a la tutela cautelar	93
E.1.- <i>El derecho fundamental a la tutela cautelar y su correlativo deber</i>	93
E.2.- <i>Tutela cautelar constitucionalmente obligatoria</i>	96
3. TUTELA CAUTELAR Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL .,	
97	

**capítulo segundo:**  
**ESTRUCTURA Y PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES** 101

*sección primera:*  
**MEDIDAS CAUTELARES.**  
**ENFOQUE GENERAL**  
103

1. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES..	
103	

	Instrumentalidad	
	103	
	Provisionalidad	
	109	
	Urgencia	
	118	
	<i>C.1.- Medidas cautelares "ante causam"</i>	
	119	
	<i>C.2.- Medidas cautelares adoptadas</i>	
" <i>inaudita altera parte</i> "		121
D.-	Summaria cognitio	
123		
	<i>D.1.- Concepto</i>	
	123	
	<i>D.2.- Objeto</i>	
	124	
	<i>D.3.- Necesaria concurrencia de ambos</i>	
	<i>presupuestos (periculum in mora y fumus</i>	
	<i>boni iuris)</i>	
	125	
	<i>.DA.- Consecuencias</i>	
	126	
2.-	PRESUPUESTOS O CONDICIONES	
127		
A.-	Periculum in mora	
127		
	<i>A.1.- Concepto</i>	
	127	
	<i>A.2.- Tipos de periculum in mora</i>	
	131	
	<i>A.3.- Bilateralidad del periculum in mora</i>	
	<i>(ponderación de intereses)</i>	
	134	
B.-	Fumus boni iuris	
138		
	<i>B.1.- Reivindicación del fumus boni iuris</i>	
<i>en el proceso</i>	<i>administrativo</i>	138
	<i>B.2.- Juicio de probabilidad y verosimilitud</i>	
	140	
	<i>B. 3. - Diferencia entre juicio de probabilidad</i>	
	<i>y juicio de verdad</i>	
	142	
	<i>B.4.- Prueba del fumus boni iuris</i>	
	144	
	<i>B.5.- Manifestaciones concretas del fumus boni</i>	
	<i>iuris en el proceso contencioso-</i>	
	<i>administrativo</i>	
	145	
C.-	Caución	
148		
	<i>C.1.- Paliativo del riesgo propio de la sumariedad</i>	
	<i>y urgencia</i>	
	148	
	<i>C.2.- Restablecimiento del equilibrio</i>	
	150	
	<i>C.3.- Contracautela para resarcir daños</i>	
	<i>y perjuicios derivados de la actuación</i>	
	<i>de la medida cautelar</i>	
	151	
	<i>C.4.- ¿Presupuesto o condición de eficacia?</i>	
	152	
	<i>C.5.- Perfil constitucional y rol en el</i>	
	<i>proceso administrativo</i>	
	154	
3.	DEFINICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR	
156		

*sección segunda:*  
*CLASIFICACION Y SISTEMAS*  
*DE MEDIDAS CAUTELARES*  
157

1. TIPOLOGÍA DE MEDIDAS CAUTELARES  
157
  - A.- De acuerdo a su previsión legislativa  
158
    - A1- *Típicas*  
158
    - A.2.- *Atípicos*  
158
  - B.- De acuerdo a su contenido o efectos .  
159

	<i>B.1.- Conservativas</i>	159
	<i>B.2.- Anticipatorias o innovativas</i>	160
2.	<b>SISTEMAS DE MEDIDAS CAUTELARES</b>	161
	A.- Sistema de medidas cautelares típicas	161
	B.- Sistema de medidas cautelares atípicas	162
	C.- Sistema mixto	163
	D.- Sistema costarricense de tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo	165
	<i>D.1.- Insuficiencia del sistema cautelar contencioso-administrativo anclado en la figura de la suspensión de la ejecución del acto</i>	165
	<i>D.2.- Reducido ámbito de la suspensión. Supuestos no cubiertos</i>	168
	<i>D.3.- Superación del estado de cosas mediante una cláusula residual de medidas cautelares atípicas</i>	170
	<i>D.4.- Soluciones provisionales para el logro de tal objetivo</i>	173
	capítulo tercero:	
	<b>TUTELA CAUTELAR ATÍPICA</b>	<b>177</b>
	<i>sección primera:</i>	
	<i>MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS</i>	
	<i>O INNOMINADAS</i>	179
1.	<b>PODER GENERAL DE CAUTELA</b>	179
	A.- Orígenes	179
	B.- El poder general de cautela en otras legislaciones. . . .	182
	<i>B.1.- Sistema procesal Alemán</i>	182
	<i>B.2.- Sistema procesal francés</i>	185
	<i>B.3.- Sistema procesal italiano</i>	188
	<i>B.4.- Sistema Inglés</i>	189
	C.- Cuestionamiento acerca de la existencia de un poder general de cautela	193
2.	<b>FUNCIÓN RESIDUAL O SUBSIDIARIA</b>	195
	A.- Concepto	195
	B.- Significación tradicional	196
	<i>B.1. Sentido positivo</i>	196
	<i>B.2.- Sentido negativo</i>	197
	C.- Superación del concepto de subsidiariedad. Énfasis de su función "integradora"	199
3.	<b>DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL</b>	202
4.	<b>LIMITES GENERALES DEL CONTENIDO DE LA MEDIDA CAUTELAR ATÍPICA</b>	207
5.	<b>TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS..</b>	208

6.	SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELARLE	
209	A.-	Ámbito de cobertura de la tutela cautelar atípica
		209
	B.-	Pretensiones de condena
		212
		<i>B.1.- Obligaciones de hacer o no hacer fungibles</i>
		212
		<i>B.2.- Obligaciones de hacer o no hacer infungibles</i>
		212
		<i>B.3.- Obligaciones de dar o entregar</i>
		216
		<i>B.4.- Especial referencia a las obligaciones pecuniarias</i>
		216
	C.-	Pretensiones meramente declarativas y constitutivas
		218
7.	ARTICULO 242 CPC	
218	A.-	Potencialidad
		218
	B.-	Norma de clausura o en blanco
		219
	C.-	Discrecionalidad en la determinación de su contenido
		220
	D.-	Presupuestos
		221
		<i>D.1.- Periculum in mora</i>
		221
		<i>D.2.- Fumus boni iuris</i>
		222
		<i>D.3.- Caución</i>
		222
	E.-	Tipología
		222
	E-	Situación jurídica cautelable
		224
	G.-	Medidas adoptables
		225

*sección segunda:*

	<i>MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS ANTICIPATORIAS O INNOVATIVAS</i>	227
1.	NECESIDAD Y FUNDAMENTO	227
2.	CARACTERÍSTICAS	234
3.	PERICULUM IN MORA DE LA TARDANZA DE LA SENTENCIA DE MÉRITO	'... 235
4.	LIMITES DEL CONTENIDO PROVISIONALMENTE ANTICIPATORIO	236
	A.- Límites funcionales y estructurales	236
	Objeto de la sentencia	241
	Límites cuantitativos y cualitativos de la eficacia..	242
	Principios de proporcionalidad y favor libertatis (prohibición de quebrantar cualquier derecho subjetivo)	242
5.	RIESGO DE LA "SUMARIZACION" DEL PROCESO ORDINARIO EN VIRTUD DEL ABUSO O UTILIZACIÓN ANORMAL DE LA TUTELA CAUTELAR ATÍPICA PROVISIONALMENTE ANTICIPATORIA	244
6.	LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS DE CONTENIDO ANTICIPATORIO EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO..	
		251



*sección tercera:*

*TUTELA CAUTELAR ATÍPICA EN EL PROCESO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO*

	253
1. INCIDENCIA DEL ART. 242 CPC EN RELACIÓN CON EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	253
2. NECESIDAD DE UNA CLAUSULA RESIDUAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO....	255
A.- Ojeto del proceso contencioso-administrativo	255
B.- Correlación entre tutela cautelar y objeto del proceso	266
C.- Necesidad de acomodar la tutela cautelar a la Constitución	271
D.- Necesidad de regular expresamente una norma que prevea la tutela cautelar atípica	272
D.1.- <i>Norma de clausura del sistema cautelar del proceso administrativo</i>	272
D.2.- <i>Particular interés en la introducción de medidas cautelares atípicas de contenido anticipatorio</i>	275
D.3.- <i>Límites de las medidas anticipatorias. Especial referencia a la discrecionalidad administrativa</i>	277
E.- Situación jurídica cautelable	284
E- Medidas cautelares atípicas de contenido anticipatorio adoptables	285
F.1.- <i>Medidas inhibitorias</i>	286
F.2.- <i>Medidas ordenatorias</i>	286
F.3.- <i>Medidas sustitutivas</i>	286
3. LA TUTELA CAUTELAR ATÍPICA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO ALEMÁN: UN BUEN EJEMPLO	287
A.- Sistema cautelar adecuado al tipo de pretensión principal deducida	287
B.- Subsidiariedad	289
C.- Tipología	290
D.- Presupuestos	292
E.- Límites	293
E- Tutela cautelar atípica anticipatoria y discrecionalidad administrativa	294

*sección cuarta:*

*SUPUESTOS GENERALES DE APLICACIÓN  
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS  
EN EL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO*  
295

1. INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	295
---	-----

2.	INACTIVIDAD FORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN	299
3.	ACTOS NEGATIVOS	300
	A.- Actos negativos y medidas cautelares atípicas (sustitutivas)	300
	B.- Suspensión de actos negativos	307
	<i>B.1.- Argumentos en contra</i>	308
	<i>B.2.- "Transformación" del efecto conservativo de la suspensión</i>	309
	<i>B.3.- Justificación</i>	311
	<i>B.4.- Límites</i>	313
4.	ACTOS POSITIVOS NO EJECUTABLES O EJECUTADOS	315
5.	VÍA DE HECHO	316
6.	RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	317

*sección quinta:*  
*GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO.*  
*EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN*  
*DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS*  
321

1.	PROCESO ESPECIAL POR RAZONES JURIDICO-PROCESALES	321
	A.- Proceso de facilitación	321
	B.- Aplicación analógica del procedimiento previsto en los arts. 91-93 LRJCA. y concordantes	322
2.	REQUISITOS PROCESALES...:	322
	A.- Requisitos subjetivos	322
	<i>AL- Órgano jurisdiccional</i>	322
	<i>A.2.- Partes</i>	323
	B.- Requisitos objetivos	323
3.	REQUISITOS DE ACTIVIDAD	323
	A.- Principio general	323
	B.- Medidas atípicas adoptadas "ante causam"	324

	C.-	Posibilidad de adoptar medidas atípicas después de la sentencia	
			326
4.		PROCEDIMIENTO	
326			
	A.-	Petición de la medida cautelar atípica	
			326
	B.-	Audiencia. Posibilidad de adoptar medidas cautelares atípicas "inaudita altera parte"	
			326
	C.-	Contestación de la Administración	
			327
	D.-	Resolución del órgano jurisdiccional	
			327
5.		RECURSOS	
328			
6.		EFFECTOS	
328			
	A.-	Jurídico-procesales	
			328
	B.-	Jurídico-materiales	
			330

*bibliografía ..*