



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN UN PROCESO DE VIOLENCIA FAMILIAR

Carlos Pizarro-Madrid

Piura, enero de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Pizarro, C. (2017). *Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**CARLOS EDUARDO PIZARRO MADRID**

**NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN  
EN UN PROCESO DE VIOLENCIA FAMILIAR**



**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis para optar el Título de Abogado**

**2017**



## **APROBACIÓN**

La tesis titulada “*Naturaleza jurídica de las medidas de protección en un proceso de violencia familiar*”, presentada por el bachiller Carlos Eduardo Pizarro Madrid en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogada, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.

---

Directora de Tesis



## INDICE

<b>INTRODUCCION</b> .....	1
<b>CAPITULO I. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.</b> .....	5
1.1. Concepto y contenido.....	5
1.2. Relaciones y diferencias del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho al debido proceso. ....	11
1.3. Importancia y relevancia actual del estudio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho procesal.....	15
<b>CAPITULO II. LOS MECANISMOS DE PROTECCION DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.</b> .....	23
2.1. Definición de medidas cautelares. ....	23
2.1.1. Presupuestos de las medidas cautelares. ....	24
2.1.1.1. Peligro en la demora .....	25
2.1.1.2. Verosimilitud en el derecho invocado o apariencia de fundabilidad de la pretensión principal .....	27
2.1.1.3. Adecuación.....	28
2.1.1.4. Contracautela .....	30
2.1.2. Principales características de las medidas cautelares.....	32
2.1.2.1. Instrumentalidad.....	32
2.1.2.2. Provisionalidad.....	34
2.1.2.3. Variabilidad.....	35
2.1.3. Clases de medidas cautelares. ....	36
2.1.3.1. Medidas cautelares para futura ejecución forzada .....	37
2.1.3.2. Medidas Innovativas y medidas de no innovar .....	38
2.1.3.3. Medidas Temporales sobre el fondo .....	42

2.2. Medidas anticipadas. ....	42
2.3. Medidas genéricas. ....	45
2.4. Medidas autosatisfactivas. ....	46

**CAPITULO III. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN  
REGULADAS EN LA LEY N° 30364 “LEY PARA  
PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA  
VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS  
INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR” .....51**

3.1. Semejanzas y diferencias entre las medidas de protección con los mecanismos de protección de la tutela jurisdiccional efectiva.....	54
3.1.1. Semejanzas y diferencias con las medidas cautelares. ....	54
3.1.2. Semejanzas y diferencias con las medidas anticipadas. ....	59
3.1.3. Semejanzas y diferencias con las medidas genéricas. ....	61
3.1.4. Semejanzas y diferencias con las medidas autosatisfactivas. ....	62
3.2. Naturaleza jurídica de las medidas de protección. ....	63

**CONCLUSIONES.....65**

**BIBLIOGRAFIA.....67**

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....71**

**ANEXOS.....72**

Anexo N°01. Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999 .....	75
Anexo N°02. Pleno Jurisdiccional Regional de Familia de 2007 .....	77



## **INTRODUCCION**

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 30364 “Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” y su reglamento, el Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, el Estado peruano ha pretendido dar solución a los altos índices de violencia familiar que se vive en los últimos años en nuestro país.

La presente investigación nace a partir de la siguiente pregunta: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas de protección reguladas en la actual ley de violencia familiar y su reglamento? Dicha interrogante nace a partir de la consideración de medida cautelar que le da el Pleno Jurisdiccional Regional de Familia del 2007 a las medidas de protección, situación que también ocurría con la antigua ley de violencia familiar, Ley N° 26260, la cual consideraba a las medidas de protección como medidas cautelares.

A partir de ello en este trabajo se analizará y determinará cuál es la verdadera naturaleza jurídica de las medidas de protección, ya que consideramos que las mismas no tiene naturaleza cautelar a pesar de que posee varias características de ellas. Asimismo, dicha tarea es importante debido a que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no se ha desarrollado apropiadamente el tema, siendo necesario determinar su naturaleza jurídica para un mejor estudio y tratamiento.

Es así, que la presente investigación se divide en tres capítulos. En el primero, se desarrollará el concepto y contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que debe ser considerada como un derecho humano, asimismo se desarrollarán las características de dicha tutela jurisdiccional efectiva, así como las relaciones y diferencias que posee con el derecho al debido proceso, teniendo en cuenta los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional así como el importante aporte dado por la doctrina. Por último, se desarrollará la relevancia del estudio de la tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho procesal, refiriéndonos brevemente al desarrollo de las etapas del Derecho procesal a lo largo de la historia, concluyendo que en la actualidad en el Derecho procesal existe una búsqueda de medidas procesales que den efectividad y eficacia a lo decidido en las resoluciones judiciales.

En el segundo capítulo, abordaremos el tema de los mecanismos de protección de la tutela jurisdiccional efectiva, desarrollando lo que en doctrina se denomina los procesos urgentes, los cuales comprenden a las medidas cautelares, las medidas genéricas, las medidas anticipadas y las medidas autosatisfactivas, desarrollando en base a la doctrina sus presupuestos de procedencia así como las principales características que las distinguen unas de otras.

Llegados a este punto, en el tercer capítulo ya con un conocimiento dogmático de las medidas de protección de tutela jurisdiccional efectiva, analizaremos las semejanzas y diferencias entre las mismas y las medidas de protección reguladas en la Ley N° 30364, es decir, analizaremos las semejanzas y diferencias de las medidas de protección con las medidas cautelares, las medidas anticipadas, las medidas genéricas y las medidas autosatisfactivas, con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica de las medidas de protección, llegando a la conclusión posteriormente que dichas medidas si bien poseen algunas características propias de los procesos urgente no necesariamente deben tener una naturaleza jurídica similar.

Por último, en la presente investigación hemos utilizado el método deductivo, es decir, dar respuesta a una interrogante particular (naturaleza jurídica de las medidas de protección) a través del análisis de conceptos generales como son los procesos urgentes.

Finalmente en el desarrollo del presente trabajo nos hemos visto con la dificultad del escaso pronunciamiento de la doctrina y casi nulo pronunciamiento de la jurisprudencia peruana en el desarrollo de la presente investigación.

Me gustaría agradecer antes de concluir esta exposición a quienes han hecho posible la realización de esta modesta investigación: A Dios por su infinita Misericordia, a mis padres por su apoyo incondicional, a la Dra. Karla Vilela por la dirección de la presente tesis y a Emily Infante quien con su amor, oraciones y ánimos hacen que cada día pueda ser una mejor persona.



# **CAPITULO I**

## **EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA**

### **1.1. Concepto y contenido.**

Desde los inicios de la sociedad hasta el día de hoy, los seres humanos se han visto envueltos en conflictos de intereses, esto es una realidad innegable debido a que las necesidades humanas son ilimitadas y los bienes que satisfacen dichas necesidades son limitados, por tanto, es común la confrontación de dichos intereses en el ámbito social.

La confrontación de intereses entre dos o más personas no fue resuelta siempre de manera pacífica. Desde la aparición de los seres humanos y su desenvolvimiento por todas las etapas de la historia los conflictos de intereses fueron resueltos por lo general por medio de la fuerza física, siendo dichas “soluciones” cargadas en su mayoría de arbitrariedad. Existía por tanto una acción directa como manifestación de una autotutela entendida como la capacidad de “hacerse justicia” por sí mismo ante la afectación o vulneración de los intereses de las personas. Posteriormente, desde que las personas empiezan a vivir en comunidad, primero de manera simple y posteriormente de forma más compleja, se vieron en la necesidad de otorgar a una persona la capacidad de solucionar dichos conflictos y contribuir de esta manera a la no extinción de la comunidad por el uso desmedido de la fuerza, siendo dichas personas los ancianos de la comunidad quienes con su sabiduría y experiencia estaban más capacitados para resolver los problemas de las personas más jóvenes o los curanderos o hechiceros de la comunidad, quienes por su contacto con la divinidad eran los indicados para resolver

los problemas de los hombres, entre otros. Siendo de esta manera “[e]l acto de recurrir a un tercero (...) el germen de lo que siglos después va a denominarse *derecho de acción* (...)”<sup>1</sup>.

Posteriormente, con la evolución de la comunidad volviéndose esta cada vez más compleja, dicha capacidad de resolver conflictos es otorgada a favor de un ente, el Estado, quien ostenta la facultad de solucionar las controversias de los particulares en los casos concretos<sup>2</sup>, por tanto, esa justicia definida por los juristas romanos como “(...) *dar a cada uno lo suyo o dar a cada uno su derecho* (...)”<sup>3</sup> es dada en los casos particulares por el Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, los mismos que ejercen jurisdicción, la cual es entendida como “ (...) *el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa* (...)”<sup>4</sup>, por tanto, al ser un deber el solucionar los conflictos puestos por lo particulares, el Estado no puede negarse a realizar dicha obligación de brindar tutela, entendida como una necesidad de protección surgida como consecuencia de las infracciones a los principios generales y disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico dadas para la convivencia social. Por tanto, cuando dicha protección sea brindada por un órgano jurisdiccional estaremos hablando de tutela jurisdiccional<sup>5</sup>.

Dicha tutela jurisdiccional efectiva debe ser considerada como un derecho humano los mismos que “(...) se definen a partir de la triada

---

<sup>1</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso civil*. Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 8

<sup>2</sup> Esta facultad de resolver los conflictos por parte del Estado no es de forma exclusiva en principio, porque existe en la actualidad medios alternativos de solución de conflictos (MARCS) como las formas auto compositivas donde la solución viene dada por ambas partes, destacando entre las mismas la negociación, la mediación y la conciliación. Asimismo, existen formas hetero compositivas de solución de controversias donde no hay un ejercicio del derecho de acción y contradicción por parte de las partes, sino que la solución viene dada por un particular quien finalmente soluciona dicho conflicto, destacando entre las mismas el arbitraje. Versando dichos medios alternativos de conflicto sobre derechos disponibles, siendo por tanto la intervención del Estado en los supuestos de conflicto de derechos no disponibles.

<sup>3</sup> ZEGARRA MULANOVICH, A. *Descubrir el Derecho*. Palestra, Lima, 2009, pag.26.

<sup>4</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso civil, cit.*, p. 213.

<sup>5</sup> Cfr. PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 31.

necesidad humana-bien humano-derecho humano (...)”<sup>6</sup>, por tanto, los Derechos humanos son “(...) el conjunto de bienes debidos a la persona por ser tal y cuya adquisición o goce supone la adquisición de grados de realización o perfeccionamiento, tanto individual como colectivo (...)”<sup>7</sup>. De esta manera la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano<sup>8</sup> porque si tenemos en cuenta que las personas humanas en el seno de la sociedad tienen conflictos de intereses la solución de dichos conflictos debería ser acorde a su dignidad humana proscribiendo de esta forma todo tipo de arbitrariedad en la solución de los mismos.

Asimismo, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, derecho fundamental entendido como “(...) derechos humanos positivados dentro de un concreto ordenamiento jurídico”<sup>9</sup> es regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 139° de la Constitución<sup>10</sup> y en el artículo I del título preliminar del Código Procesal Civil<sup>11</sup>, los mismos que reconocen también el derecho al debido proceso.

Por otra parte, el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional o tutela judicial efectiva se manifiesta en palabras del profesor JOAN PICÓ I JUNOY haciendo referencia al Tribunal Constitucional español, como “el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a obtener una sentencia

---

<sup>6</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho” en SOSA SACIO, J.M. (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p.31.

<sup>7</sup>CASTILLO CÓRDOVA, L. “Debido proceso y tutela jurisdiccional” en GUTIÉRREZ, W. (Coord), *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 57.

<sup>8</sup> Independientemente de la distinción que pueda existir entre derecho humano y derecho fundamental como el caso español, “(...) en el ordenamiento constitucional peruano con las expresiones *Derechos humanos*, *Derecho fundamental* y *Derecho constitucional* se hace referencia a una misma realidad, sin que exista nada jurídicamente relevante en su distinción, de manera que perfectamente se pueda utilizar de modo indistinto uno u otro término (...)”CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los Derechos Constitucionales*, Palestra, Lima, 2005, p.59.

<sup>9</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los Derechos Constitucionales*, cit., p.44.

<sup>10</sup> Vid. Art. 139° inciso 3 de la CPP: “La observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.”

<sup>11</sup> Vid. Art. I. del CPC: “ Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso”

fundada en derecho congruente, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto”<sup>12</sup>.

Entre las manifestaciones del derecho de acceso a los tribunales invocado por las personas para la solución de sus conflictos de intereses, resalta que aparte de ser un derecho fundamental el acceso a la jurisdicción, es un derecho prestacional de configuración legal, es decir, ejercitable por las causales establecidas por ley no siendo por tanto un derecho absoluto, por el cual las personas le puedan exigir al Estado prestación jurisdiccional en todos los supuestos sino sólo en los previamente establecidos. Otra manifestación es el derecho a optar por la vía judicial que más convenga para la defensa de los intereses legítimos y derechos, asimismo que la titularidad del derecho de acceso a los tribunales les corresponde tanto a las personas naturales, pudiendo ser nacionales o extranjeros (impedidos sólo en los supuestos señalados por ley) como a las jurídicas. Asimismo, la prohibición de los obstáculos excesivos que hagan imposible el acceso al proceso permitiendo sólo aquellos obstáculos legítimos para el acceso a la jurisdicción como el cumplimiento de los plazos legales establecidos, los trámites previos al proceso, las fianzas, entre otros, así como la subsanación de los defectos procesales que no dañen la normal regularidad del proceso<sup>13</sup>.

Por otra parte, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente hace referencia a la obtención de una resolución judicial sobre el fondo, la misma que deberá ser resuelta por el órgano jurisdiccional pronunciándose sobre el fondo de la controversia “(...) cuando las partes intervinientes ostenten la debida capacidad, (...) cuando la pretensión se haya planteado ante el órgano judicial que ostente la debida jurisdicción y competencia, y en los plazos legalmente previsto al efecto (...)”<sup>14</sup>, “sin embargo, podrá ser de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad”<sup>15</sup> establecidas por la ley. Asimismo dicha resolución judicial deberá estar motivada y fundada en derecho, es decir, motivada en el sentido “(...) que los jueces den a conocer los motivos de su

---

<sup>12</sup> PICÓ I JUNOY, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 40.

<sup>13</sup> *Cfr. Ibíd, cit.*, pp.42-50.

<sup>14</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Constitución y Derecho Procesal*, Aranzandi, Pamplona, 2009, p.161.

<sup>15</sup> PICÓ I JUNOY, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso, cit.*, p. 63.



decisión, a fin de que tanto las partes interesadas como, en su caso, la sociedad entera pueda llegar a tener un cabal conocimiento de los mismos”<sup>16</sup>.

Por otra parte, dicha motivación por parte de los jueces deberá ser fundada en derecho, es decir, deberá contener criterios jurídicos que den fundamento a la decisión adoptada evitando de esta manera la arbitrariedad.

Asimismo, dicha decisión judicial pronunciada sobre el fondo de la controversia, motivada y fundada en derecho deberá ser congruente, es decir, deberá existir “(...) una respuesta, efectivamente, a todas las pretensiones litigiosas que las partes hayan sometido en tiempo y forma a la cognición de los tribunales de justicia (...)”<sup>17</sup> es decir, deberá observarse la parte dispositiva de la resolución judicial para comprobar si realmente existió un pronunciamiento sobre las pretensiones expuestas por las partes en litigio, por tanto, “(...) de ahí, que quepa tachar de incongruentes aquellas decisiones judiciales que otorguen más de lo pedido por el actor o menos de lo resistido por su contraparte (dando lugar a las clásicas manifestaciones de incongruencia *supra e infra petita*), o que conceda cosa distinta a lo solicitado por aquéllas (ocasionado la tradicionalmente denominada incongruencia *extra petita*), o que, finalmente omitan pronunciarse sobre alguna de dichas solicitudes o peticiones de las partes litigantes (produciéndose entonces la que desde siempre se ha dado en llamar incongruencia *citra petita* u omisión de pronunciamiento)”<sup>18</sup>.

Por último, son también parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho a los recursos legalmente previstos. El primero de estos derechos hace referencia a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como un instrumento para garantizar la eficacia de la tutela judicial efectiva, es decir, prohibiendo que los órganos jurisdiccionales que han emitido dichas resoluciones firmes puedan modificarlas arbitrariamente, quedando de esta manera vinculados a las mismas, asimismo dicha efectividad de las

---

<sup>16</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Constitución y Derecho Procesal*, cit., p.164.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>18</sup> *Cfr.* GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Constitución y Derecho Procesal*, cit.pp. 174- 175.

resoluciones judiciales hace referencia a las medidas cautelares como instrumento para el cumplimiento de las futuras resoluciones judiciales que recaigan en el proceso, así como también hace referencia a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, la misma que deberá de cumplir sus propios términos garantizando de esta manera la efectividad del derecho y garantizando de este modo la seguridad jurídica y paz social como fin mediato<sup>19</sup>. Por otra parte, el segundo de estos derechos (el derecho a los recursos legalmente previstos) es de configuración legal, es decir, sólo se pueden acceder a los mismos cuando previamente han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico, estando de esta manera sometidos a la voluntad del legislador quien determina en que supuestos procede a la utilización de los mismos.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la tutela jurisdiccional efectiva “(...) supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia (...)”<sup>20</sup>. Por lo cual, dicho derecho “despliega sus efectos en tres momentos: el acceso a la jurisdicción y el proceso; una vez en el proceso, el debido proceso; y, finalmente la efectividad de las resoluciones judiciales.”<sup>21</sup> El primero de dichos momentos es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva antes del proceso, el mismo que explicábamos es un derecho humano inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo. El segundo momento corresponde a la tutela jurisdiccional durante el proceso, el mismo que puede desdoblarse en derecho al proceso y derecho en el proceso. El primero hace referencia a la necesidad de un debido proceso legal, entendido como un juicio previo, es decir, que a la persona no se le atribuya los resultados de un proceso del cual nunca participó ni conoció, sino más bien que se le brinde los mecanismos necesarios para la defensa de sus derechos durante el transcurso del proceso. El segundo llamado también debido proceso objetivo hace referencia a la aplicación del derecho al caso concreto, es decir, que la solución de un conflicto sea resultado por un juez natural, imparcial que garantice el derecho de defensa e igualdad de las partes cumpliendo además dicho juez con el procedimiento establecido para la resolución de dicho conflicto<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. PICÓ I JUNOY, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso. cit.*, pp.69 y 76.

<sup>20</sup> STC.Exp. N° 09727-2005-PHC/TC del 06/10/2006, f.j.7.

<sup>21</sup> TICONA POSTIGO, V. *El Derecho al Debido Proceso*, Grijley, Lima, 2009, p.16.

<sup>22</sup> Cfr. MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso Civil, cit.*, pp. 245-248.

Por último, el tercer momento donde el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos es en la efectividad de las resoluciones judiciales, es decir, que las sentencias fundadas en derecho tengan esa firmeza que pongan fin a la discusión entre las partes, es decir, tengan el carácter de cosa juzgada, la misma que tiene como la finalidad proteger la seguridad jurídica, asimismo la efectividad de las resoluciones judiciales se dará cuando estas sean ejecutadas dentro de un plazo razonable.

Finalmente, entre las características del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es que es un **derecho fundamental**, es decir, innato a toda persona por el sólo hecho de ser persona, la misma que al tener un derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, entre otros tiene derecho también a un sistema judicial imparcial e independiente que le asegure un mínimo de garantías al momento de ser juzgado. Otra característica es que es un **derecho público**, es decir, se dirige contra el Estado quien es el sujeto pasivo, el mismo que deberá dar tutela jurisdiccional a los particulares en el caso concreto cuando estos ejerzan su derecho de acción y contradicción, garantizando de esta manera la paz y justicia social, asimismo es un **derecho subjetivo**, por corresponder a todo sujeto de derecho sea persona natural o jurídica no interesando su régimen privado o público, también es un **derecho abstracto**, es decir, se realiza como una exigencia de justicia siendo independiente al derecho material que invoca el actor en su demanda o las defensas del demandado en la contestación de la misma.<sup>23</sup>

## **1.2. Relaciones y diferencias del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho al debido proceso.**

El derecho a la tutela jurisdiccional es definido como “el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”<sup>24</sup>. El derecho al debido proceso puede ser definido como “(...) un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente,

---

<sup>23</sup> Cfr. TICONA POSTIGO, V. *El Derecho al Debido Proceso*, cit., pp. 32-37.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, p.29.

pues el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejerciten los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano (...)”<sup>25</sup>. Por tanto, la relación que existe entre ambos (derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso) es que son Derechos humanos entendidos como inherentes a toda persona por el mismo hecho de serlo.

Por otra parte, para nuestro Tribunal Constitucional “[e]l debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar plazo razonable, etc.”<sup>26</sup>. Es decir, “(...) la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos (...)”<sup>27</sup> que garantice el normal desarrollo del mismo, evitando de esta manera irregularidades.

Por otra parte, el derecho al debido proceso“(...) constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo (139° de la Constitución), o deducido implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a juez independiente e imparcial”<sup>28</sup>. Asimismo, el derecho al debido proceso es entendido como un “(...) Derecho constitucional de naturaleza omnicompreensiva, hacia cuyo interior se individualiza una serie de reglas de carácter fundamental que permite considerar al proceso no sólo como instrumento de solución de conflictos, sino como un mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor justicia (...)”<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> TICONA POSTIGO, V. *El Derecho al Debido Proceso*, cit., pp. 64 - 65.

<sup>26</sup> STC.Exp. N° 200-2002-AA/TC del 15/10/2002, f.j.3

<sup>27</sup> STC. Exp. N° 09727-2005-PHC/TC, del 06/10/2006 f.j.7.

<sup>28</sup> STC. Exp. N° 0004-2006-PI/TC, del 29/03/2006 f.j. 22.

<sup>29</sup> STC.Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 18/03/2009 f.j. 14.

Asimismo, el contenido esencial del derecho al debido proceso “(...) está conformado por la facultad de acceder a los órganos encargados de administrar justicia, por el conjunto de garantías procesales y materiales del procesamiento propiamente dicho, y la ejecución eficaz y oportuna de la sentencia firme (...)”<sup>30</sup>. Por tanto, “[l]os derechos específicos que conformarían el contenido esencial del derecho fundamental genérico al debido proceso son derechos estrictamente procesales. Sin embargo, tal contenido esencial además de estos derechos específicos está conformado por exigencias de razonabilidad, precisamente porque el proceso se presenta como un medio a través del cual se ha de conseguir la finalidad que es la decisión justa (...)”<sup>31</sup>. Por último, entre las concreciones del contenido esencial que nuestra Constitución Política ha positivado a lo largo del artículo 139°, destacan la garantía de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, recogida en el inciso primero; la garantía de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, recogida en el inciso segundo; la garantía de la publicidad en los procesos, recogida en el inciso cuarto; la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, recogida en el inciso quinto, entre otras<sup>32</sup>.

Otra de las relaciones que existe entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso; aparte de la mencionada relación de que ambos son derechos humanos, es que entre ambos según, el profesor MONROY GÁLVEZ, “(...) existe una misma relación que se presenta entre la anatomía y fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”<sup>33</sup>. Por tanto, esto último también coincide con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>34</sup> que reconoce del

---

<sup>30</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, *cit.*, p. 65.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> *Cfr.* CASTILLO CÓRDOVA, L. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, *cit.*, p.62-63.

<sup>33</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso Civil*, *cit.*, pp. 248- 249

<sup>34</sup> *Vid.* Por ejemplo STC. Exp. N° 02386-2008-PA/TC, del 27/10/2009 f.j. 11, STC. Exp. N° 02424-2004-AA/TC, del 18/02/2005 f.j.2.

Derecho al debido proceso unas manifestaciones tanto materiales y formales<sup>35</sup>.

Siguiendo, otra de las relaciones entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso es entendida por el profesor CASTILLO CÓRDOVA, como una sola realidad, “el derecho humano al debido proceso”; el mismo que manifiesta que “(...) tanto al debido proceso como la tutela jurisdiccional efectiva, está haciendo referencia al mismo bien humano (...); pero lo hace desde ópticas distintas. Con la expresión “debido proceso” alude a la dimensión dinámica y subjetiva del bien humano, es decir, al conjunto de fases procesales que hay que seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la decisión justa; mientras que con la expresión “tutela jurisdiccional” alude a la dimensión estática y objetiva del bien humano, es decir; a la situación de hecho conseguida por la desaparición plena de la controversia (...)”<sup>36</sup>.

Por último, la diferencia entre ambos derechos (tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso) es el ámbito de aplicación de los mismos, es decir, el Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se aplicaría sólo a los procesos judiciales mientras que el debido proceso, tal como señala nuestro Tribunal Constitucional “(...) tiene una multiplicidad de ámbitos de aplicación, que aunque encuentran su principal expresión en el desarrollo de los procesos estrictamente judiciales, pueden abarcar o comprender todos aquellos espacios procesales en los que existan mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas (como es el caso de los procedimientos administrativos, los corporativos particulares, los de carácter arbitral, los desarrollados en el ámbito parlamentario, en la fase prejudicial, etc.)”<sup>37</sup> Por tanto, el debido proceso “(...) desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos, dando lugar a que en cada caso o respecto de

---

<sup>35</sup> Dimensión formal entendida como “(...) el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido (...)” y la dimensión material “(...) conformada por el aseguramiento de la consecución del bien humano que subyace al derecho fundamental al debido proceso (...)” CASTILLO CÓRDOVA, L. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”, *cit.*, pp. 65-66.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 60-61.

<sup>37</sup> STC.Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 18/03/2009 f.j. 14.

cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. (...)”<sup>38</sup>.

Asimismo, el debido proceso se extiende tanto al ámbito de la jurisdicción militar como la del arbitraje, aplicándoseles las garantías formales y materiales propias del debido proceso. Por tanto, respecto al arbitraje nuestro máximo intérprete de la Constitución ha reconocido que “(...) la jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.”<sup>39</sup> Y con respecto a la jurisdicción militar ha reconocido “[q]ue, en efecto, no puede pretenderse, (...), que porque la jurisdicción militar es “independiente” tal condición suponga de por sí autarquía funcional y, menos aún, sostener que la regularidad del proceso se determina en dicha sede conforme al Código de Justicia Militar, pues no es este cuerpo normativo el que reconoce el derecho al debido proceso sino la propia Constitución Política del Estado, norma suprema para cualquier autoridad o institución, correspondiendo únicamente a los códigos, y particularmente a los adjetivos, recoger tal atributo conforme a la naturaleza o especialidad de los procesos correspondiente”<sup>40</sup>.

### **1.3. Importancia y relevancia actual del estudio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Derecho procesal.**

El estudio de la tutela jurisdiccional efectiva como una institución del proceso adquiere en la actualidad una relevancia e importancia significativa en lo referente a la efectividad y eficacia de lo decidido en la sentencia una vez sea emitida la misma por el órgano jurisdiccional competente. El acceso a dicho órgano jurisdiccional es realizado por un

---

<sup>38</sup> STC. Exp. N° 10034-2005-PA/TC, del 26/03/2007 f.j. 8.

<sup>39</sup> STC. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, del 28/02/2006 f.j. 9.

<sup>40</sup> STC. Exp. N° 0940-1998-HC/TC, del 14/01/1999 f.j.3.

sujeto de derecho a través del ejercicio de su derecho de acción<sup>41</sup>. La eficacia está referida a que se produzca o se dé el efecto o resultado deseado, mientras que la efectividad es entendida como la capacidad para lograr ese resultado deseado<sup>42</sup>, es la justicia en cada situación concreta. Por tanto, en palabras del profesor argentino JORGE W. PEYRANO citado por MARÍA ELENA GUERRA, hace referencia que “todo el panorama doctrinario y académico relacionado con el Derecho Procesal Civil se caracteriza actualmente por la exaltación de las bondades de la eficacia en el proceso. Precisamente este valor tiene una función instrumental respecto de otro valor de innegable jerarquía cual es la “justicia” ”<sup>43</sup>. Justamente es esa búsqueda de eficacia y efectividad dentro del proceso lo que ha llevado a determinar una concepción nueva dentro del desarrollo de las etapas del Derecho Procesal, llamada “Eficientismo” la misma que no busca el desarrollo de instituciones procesales en sí mismas, sino que se centra en la búsqueda de medidas procesales para lograr dicha eficacia.

Por otra parte, antes de referirnos a esta nueva etapa dentro del desarrollo del Derecho Procesal, conviene hacer una breve mención a las otras tres etapas del desarrollo del mismo, haciendo la aclaración que el presente trabajo no agota el desarrollo de las mismas.

La Primera Etapa del desarrollo del Derecho Procesal, se denomina “Practicismo”, la misma que se divide en dos sub etapas. La primera de dichas sub etapas se inicia en el Siglo XVII y dura hasta el Siglo XVIII mientras que la segunda se da en Siglo XVIII hasta la primera mitad del Siglo XIX.

---

<sup>41</sup> “Acción que se materializa en una demanda que contiene una pretensión entendida a su vez, es su acepción material, como la facultad de exigir a otro el cumplimiento de algo, y en su acepción procesal, como un acto de voluntad materializado en una demanda, en ejercicio de acción que tiene toda persona (...)” GUERRA CERRÓN, M. “Discurso de la Tutela Urgente y una aproximación a la Tutela Inmediata (Medidas Autosatisfactivas)” en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 13, 2009, p.66.

<sup>42</sup> Cfr. GUERRA CERRÓN, M. “Discurso de la Tutela Urgente y una aproximación a la Tutela Inmediata (Medidas Autosatisfactivas)”, *cit.*, p. 72.

<sup>43</sup> GUERRA CERRÓN, M. “Discurso de la Tutela Urgente y una aproximación a la Tutela Inmediata (Medidas Autosatisfactivas)”, *cit.*, p.72.



Dentro de esta primera sub etapa, se desarrolla propiamente la práctica forense, la misma que “(...) consistía únicamente en hacer aprender a los futuros abogados la forma cómo se litigaba en determinada sede judicial; así pues, se sabe que los estudiosos se limitaban a exponer cómo era el estilo de los tribunales, los abogados, escribanos, procuradores, y todos aquellos que intervenían en los procesos judiciales (...)”<sup>44</sup>. Esto se debió porque en las Universidades de aquel entonces lo que se enseñaba predominantemente era el Derecho romano, el mismo que era la materia por excelencia, es decir, independientemente del lugar donde se pretendiera estudiar derecho, el contenido siempre era el mismo, el Derecho romano, que era el derecho común de aquel entonces. Por tanto, lo que se formaba en aquella época eran juristas expertos en Derecho romano, pero desconocedores del derecho patrio. Ante esta situación, los estudiantes que egresaban de las universidades para corregir esa deficiencia en el conocimiento del derecho patrio se matriculaban en escuelas externas a las universidades donde les enseñaban todo referente a la manera cómo comportarse frente a los tribunales<sup>45</sup>

Por otra parte, los profesores encargados de enseñar la práctica forense, no tenían la condición de catedráticos universitarios sino más bien eran abogados con muchos años de experiencia en el ejercicio de la profesión, asimismo dicha enseñanza se realizaba en el idioma nacional de cada lugar y no en latín propio del Derecho romano. Por tanto, en esta etapa no se aspiraba hacer ciencia del derecho sino más bien a la transmisión de experiencia del modo de proceder ante los tribunales.

Finalmente en esta sub etapa se pierde esa única circunscripción geográfica impuesta por el Derecho romano empezando de este modo a enseñarse las costumbres y prácticas de acuerdo a la realidad geográfica donde el estudiante se encontrara.

En la Segunda Sub Etapa del Practicismo, si bien se sigue enseñando la practica forense. La diferencia con la Primera es que dicha práctica forense ya no se enseña de manera externa a las Universidades sino que se introduce al interior de las mismas, es decir, en esta Segunda

---

<sup>44</sup> SILVA MUÑOZ, C. *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano*. Editorial GPZ E.I.R. L, Chiclayo, 2005, p.25.

<sup>45</sup> Cfr. SILVA VALLEJO, J. *La Ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones Fecat, Lima, 1991, pp. 61-71.

Sub Etapa al igual que en la Primera se sigue aspirando a transmitir la experiencia de los abogados frente a los Tribunales, que la enseñanza sea en el idioma nacional, asimismo en la enseñanza de las costumbres propias de un determinado ámbito geográfico.

Por último, podríamos concluir que en ambas Sub Etapas que conforma el Practicismo hay una clara intención por la enseñanza y transmisión de la práctica. Por tanto, no existe aún un conocimiento certero de la ley, la misma que llega a su proceso de conocimiento a través de la codificación propia más bien del Procedimentalismo.

La Segunda Etapa del desarrollo del Derecho procesal es denominada Procedimentalismo o también llamada Etapa de los Procedimientos Judiciales. Dicha Etapa surge teniendo en cuenta el concepto de ley dado por los ideólogos de la Revolución Francesa de 1789. Para los revolucionarios franceses la ley es la expresión general de la voluntad de los pueblos. Por tanto, si algo es importante en esta etapa es la ley, porque es en ella donde está la voluntad de las personas y su estudio es la plenitud de todo el ordenamiento jurídico. Surge de esta manera en 1804 el Código de Napoleón que resumió en un único texto legal todas las leyes que hasta ese momento estaban dispersas en materia civil; asimismo, en 1808 surge el código de procedimientos civiles francés y el código de instrucción penal<sup>46</sup>.

Por otra parte, mientras que en la etapa anterior el objeto de estudio se caracterizó por la practica forense, en esta etapa el objeto de estudio fue la ley por medio de la exégesis, es decir, el estudio artículo por artículo de la ley. Por tanto, “[l]a Escuela de la Exégesis se caracteriza porque identifica al Derecho con la ley. Surge a la par de los cambios ideológicos que propone la Revolución Francesa, cuyo propósito fue acabar con la exagerada discrecionalidad con la que habían actuado los parlamentos - clase encargada del servicio de la justicia - al punto de ser una de las expresiones más patéticas de la corrupción en el Antiguo Régimen. Es en este contexto en donde se afirma la necesidad de que el juez sea el medio a través del cual se expresa la ley, que es, a su vez, la expresión máxima de la voluntad popular, por la cual debe primar encima de cualquier otra manifestación de poder”<sup>47</sup>. Por tanto, en esta etapa el

---

<sup>46</sup> Cfr. SILVA VALLEJO, J. *La Ciencia del Derecho Procesal*, cit., pp. 61-71.

<sup>47</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Teoría General del Proceso*. Palestra, Lima, 2007, pp. 563-564.

juez es considerado como mero aplicador de la ley, como diría Montesquieu “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. “Esta reducción de las facultades del juez lo convierten en un servidor del legislador, en tanto su función sólo consistía en hacer corresponder sus decisiones con el contenido de la ley, sin preocuparse por el contenido de razonabilidad o de justicia de éstas. Inclusive cuando la ley aparezca oscura, serán (...) los exégetas, quienes orientarán la aplicación adecuada ante tal eventualidad (...)”<sup>48</sup>.

Por último, el estudio de la ley que se daba durante esta etapa era con la finalidad de que los ciudadanos conocieran lo que la misma decía respecto a los procedimientos que debían de seguirse ante los tribunales judiciales. Entonces lo que la ley decía sobre el comportamiento que debían de seguir los ciudadanos se denominada procedimientos.

La Tercera Etapa del desarrollo del Derecho Procesal es denominada Cientificismo, se inicia en Alemania a mediados del Siglo XIX. En esta etapa ya se habla de Derecho procesal como ciencia y como una rama autónoma del derecho. Pero ¿Cómo se llega a este momento de concretar al Derecho procesal como ciencia?. Se llega por dos pasos previos. El primero se da por una discusión académica en 1856 entre dos profesores alemanes llamados BERNARD WINDSCHEID y TEODOR MUTHER sobre el alcance de la acción romana, la misma que era identificada por el profesor WINDSCHEID como el derecho subjetivo material, sin embargo, dicha confirmación suscitó por parte del profesor Muther un rechazo, quien concibió dicha acción como independiente del derecho material, la misma que está dirigida hacia el Estado, quien concede tutela jurídica por medio de una sentencia favorable. Acción que es considerada por este autor como un derecho subjetivo público que tiene como presupuesto un derecho privado y la violación del mismo, razón por la cual le permite a quien corresponda pedir del Estado tutela jurídica mediante una sentencia favorable<sup>49</sup>. Acción, que es concebida como independiente del derecho material, la misma que hasta ese entonces según el profesor uruguayo EDUARDO J. COUTURE era concebida como el derecho “(...) en movimiento: algo así como la manifestación dinámica del derecho (...)”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> *Ibíd*, pp. 565-566.

<sup>49</sup> *Cfr.* MONROY GÁLVEZ, J. *Teoría General del Proceso*, *cit.*, pp. 469-470.

<sup>50</sup> COUTURE, E. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.09.

Por otra parte, es con el pensamiento del también profesor alemán ADOLF WACH, donde “(...) marca el punto de imposible retorno respecto de la autonomía científica del derecho procesal, precisamente a partir de la concepción autónoma del derecho de acción. Si bien su concepto de acción, a diferencia del de DEGENKOLB<sup>51</sup> es el de un derecho *concreto*, es decir concedido sólo a aquél que tiene un derecho que debe ser protegido, el pensamiento del maestro alemán es, reiteramos, determinante para la ciencia procesal civil.”<sup>52</sup> “ (...) Si bien la presencia de WACH es trascendente en la evolución del proceso civil, su pensamiento debe ser apreciado en el contexto histórico en que se expresó. WACH definió una polémica y lo hizo optando por la concepción autónoma del derecho de acción. En tal sentido, su mérito es excepcional. Sin embargo, algunas de sus ideas hoy no podrían ser acogidas. No participamos de su concepción *concreta* del derecho de acción, así como tampoco del predominio que le otorga al interés privado sobre el interés público al desarrollar su teoría de la acción (...)”<sup>53</sup>. Es necesario precisar que el concepto derecho de acción, como se puede apreciar, no fue un tema pacífico y es así que frente a la escuela alemana, destaca la escuela italiana donde el concepto de derecho de acción fue ampliamente desarrollado principalmente por los profesores GIUSEPPE CHIOVENDA, PIERO CALAMANDREI, FRANCESCO CARNELUTTI entre otros.

El segundo paso previo por el cual se llegó a esa autonomía del Derecho procesal, dándole un contenido científico fue por medio del aporte realizado por el profesor OSKAR VON BÖLLOW, el cual concibió el Derecho procesal como una relación jurídica de Derecho público. Para este autor la relación jurídica material que existe al momento de celebrarse cualquier contrato es diferente a la relación jurídica procesal, la misma que por intermedio de la acción relaciona tanto al juez, al demandante y al demandado. Asimismo, señala “[...] desde que se acostumbra hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A estas,

---

<sup>51</sup> Este autor “(...) nos ha demostrado de qué manera la acción civil, autónoma con relación al derecho puede carecer de fundamento. Cuando el demandante promueve su demanda ante el tribunal puede no tener razón, y sin embargo nadie habrá de discutirle su derecho a dirigirse al tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podría negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Este es un derecho que pertenece aun a los que no tienen razón.” *Ibíd*, p. 12.

<sup>52</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Teoría General del Proceso*, cit., pp. 475-476.

<sup>53</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso civil*, cit., p. 259.

sin embargo, no puede estar referida el proceso. De que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por tanto, una relación jurídica pública”<sup>54</sup>.

Finalmente, volvemos al punto inicial del desarrollo del presente punto y así en cuenta a la nueva etapa de desarrollo del Derecho procesal, actualmente se afirma que “[e]n la actualidad se advierten algunos síntomas que hacen evidenciar la cuarta etapa de los estudios procesales. En primer lugar se ha incorporado el valor eficiencia en los procesos (civil, penal, laboral, comercial, etc.), que se evidencia en la preocupación que se tiene para que el servicio de justicia se preste en forma oportuna y adecuada para resolver los conflictos de intereses que se ponen en su conocimiento. Otro de los síntomas está referido al hecho que la doctrina procesal se encuentra haciendo ciencia interdisciplinaria, examina sus distintas instituciones con la ayuda de otras ciencias del saber humano, como la psicología, la estadística, la sociología, etc.”<sup>55</sup>. Por tanto, la efectividad de las resoluciones judiciales como manifestación de ese Derecho humano que es la tutela jurisdiccional efectiva adquiere en la actualidad importancia debido a que “[l]a finalidad del proceso, en la medida que se alcance en tiempo razonable y se ejecute el mandato judicial, implicará la realización del Derecho, y por ello la relación directa entre ésta y la efectividad”<sup>56</sup>.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que si bien la efectividad es la capacidad para lograr un resultado que es la justicia en el caso concreto por parte de los órganos jurisdiccionales. Dicho resultado no necesariamente tendrá que ser rápido en todos los supuestos, es decir, en los procesos que no tengan esa connotación de urgencia se deberá de seguir las etapas propias de los mismos. Por tanto, tener la concepción que lo rápido siempre es lo eficiente y por tanto lo justo sería un error.

---

<sup>54</sup> VON BÖLLOW, O. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Ara Editores, Lima, 2008, pp. 23-24.

<sup>55</sup> SILVA MUÑOZ, C. *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano*, cit., p.35

<sup>56</sup> GUERRA CERRÓN, M. “Discurso de la Tutela Urgente y una aproximación a la Tutela Inmediata (Medidas Autosatisfactivas)”, cit., p. 73.

De esta manera compartimos la idea de que “[u]na mejor justicia no solo es la más rápida, es la que da al ciudadano una sensación de no arbitrariedad, de transparencia, de comprensión. La que resuelve los problemas – no importa si lo hace a su favor – pero lo hace de modo coherente, oportuno y eficaz.”<sup>57</sup> Por tanto, dicha efectividad de las resoluciones judiciales dentro de un proceso se lograra en la medida “[q]ue se resuelva rápido (casi inmediatamente si se quiere) lo que se quiera resolver de modo inmediato y que se resuelva de modo mediato (sin exacerbados formalismos) todos los demás casos (...)”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> PRIORI POSADA, G. “La reciente reforma del proceso civil peruano ¿realmente tendremos procesos rápidos? [En línea] [Consulta 30.06.2015] Disponible en [www.ius360.com/publico/procesal/la-reciente-reforma-del-proceso-civil-peruano-realmente-tendremos-procesos-mas-rapidos/](http://www.ius360.com/publico/procesal/la-reciente-reforma-del-proceso-civil-peruano-realmente-tendremos-procesos-mas-rapidos/).

<sup>58</sup> *Ibíd.*

## **CAPITULO II. LOS MECANISMOS DE PROTECCION DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.**

### **2.1. Definición de medidas cautelares.**

Tal como lo mencionáramos en el primer capítulo de este trabajo, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano, donde los principios que rigen la misma, según el profesor MONROY PALACIOS citando a FRANCISCO CHAMORRO “(...) se encuentran establecidos constitucionalmente e implican, básicamente, el desarrollo de las siguientes directrices: I. Acceso a la Justicia; II. Garantía del derecho de defensa; III. Derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo que ponga fin al proceso y IV. El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional”<sup>59</sup>. Es dentro de esta última directriz donde ubicamos a las medidas cautelares, las cuales “(...) constituyen un mecanismo procesal ideado para la protección de la eficacia del proceso (...)”<sup>60</sup>, cuya finalidad es otorgar al titular de una pretensión, por parte de un juez, mecanismos procesales que aseguren un fallo definitivo<sup>61</sup>.

Asimismo, dichas medidas son definidas por CALAMANDREI como “(...) una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación

---

<sup>59</sup> MONROY PALACIOS, J. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Comunidad, Lima, 2002, p.104.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.123.

<sup>61</sup> *Cfr.* MONROY GÁLVEZ, J. *Temas de Proceso Civil*. Studium, Lima, 1987, p.16

controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se pueda conseguir a través del más lento proceso ordinario (...)"<sup>62</sup>.

Coincidimos con PRIORI POSADA al señalar que la Tutela Cautelar "es una de las formas de tutela jurisdiccional que brinda un ordenamiento jurídico"<sup>63</sup>, al mismo tiempo que las define como "un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo. Para ello, el órgano jurisdiccional que conoce el proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presentan los presupuestos exigidos por la ley, dicta una resolución, a pedido de parte, que dispone el otorgamiento de una medida adecuada para poder garantizar la eficacia de la sentencia (medida cautelar)"<sup>64</sup>.

### **2.1.1. Presupuestos de las medidas cautelares.**

Las medidas cautelares al ser una institución del Derecho procesal está sujeta a unos presupuestos, los cuales son imprescindibles para el otorgamiento o denegatoria de las mismas, contribuyendo de esta manera a evitar la arbitrariedad por parte de los justiciables y juzgadores al momento de solicitarse u otorgarse respectivamente<sup>65</sup>. Entre los presupuestos para el dictado de las mismas tenemos: El peligro en la demora o *periculum in mora*, la verosimilitud de la apariencia de fundabilidad de la pretensión principal o verosimilitud del derecho invocado o *fumus bonis iuris*, la adecuación y por último, la contracautela ( la cual es propiamente un presupuesto para su ejecución mas no para su concesión).

---

<sup>62</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. El Foro, Buenos Aires, 1997, pp. 58-59.

<sup>63</sup> PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, cit., p.31.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>65</sup> Cfr. HURTADO REYES, M. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009, p. 944.



### 2.1.1.1. Peligro en la demora:

El peligro en la demora o *periculum in mora* es definido por CALAMANDREI como “(...) el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar (...)”<sup>66</sup>, configurando dicho interés para obrar, el dictado de una medida cautelar por parte del órgano jurisdiccional<sup>67</sup>.

En este sentido, el profesor PRIORI POSADA considera al *periculum in mora* como un presupuesto imprescindible, cuya existencia es necesaria para el dictado de cualquier medida cautelar, sin el cual carecería de sentido<sup>68</sup>, el dictado de las mismas por parte del órgano jurisdiccional.

Asimismo, el peligro en la demora está configurado por dos supuestos que deben evaluarse en el caso concreto para determinar su existencia. El primero de ellos es el riesgo de daño jurídico, el cual debe ser causado por la demora del proceso, mientras que el segundo hace referencia a la inminencia del daño jurídico<sup>69</sup>.

En este sentido, el peligro en la demora como riesgo de daño jurídico producido por la demora del proceso se daría principalmente por el transcurso del tiempo que dura el dictado de una sentencia en un proceso judicial, el mismo que, desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia definitiva pasa por diversas etapas, pudiendo ocasionar que durante su desarrollo “ (...) el objeto pretendido desaparezca o que el demandado en forma maliciosa realice actos que tiendan a impedir el cumplimiento de lo que en su momento podría decidir el juzgador, esto hace que se tienda a proteger al actor con una medida cautelar que

---

<sup>66</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Ara Editores, Lima, 2005, p. 40

<sup>67</sup> Cfr. VILELA CARBAJAL, K. “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, en *Revista Actualidad Civil*, N° 5, 2014, p. 277.

<sup>68</sup> Cfr. PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, cit., p. 37.

<sup>69</sup> Cfr. *Ibíd*, p. 39

haga posible la ejecución de lo resulto en su momento (...)"<sup>70</sup>.

Asimismo, MONROY PALACIOS en ese mismo sentido, señala que el peligro en la demora o *periculum in mora* "(...) constituye la amenaza de que una pretensión se torne ineficaz, luego de estimarse la misma a la finalización del proceso. Esta situación de amenaza se configura sea por el transcurso del tiempo entre la petición y la sentencia que concede el derecho solicitado, o por el actuar malicioso de la parte sobre la que se reclama el derecho (...)"<sup>71</sup>.

Por otra parte, el peligro en la demora como riesgo de daño jurídico inminente hace referencia a que la situación denunciada como peligro tenga cierta probabilidad de producirse, es decir, no basta un mero temor de daño jurídico, sino que el mismo (daño jurídico) este por ocurrir o esté ocurriendo. De esta manera, se debe de entender la inminencia como algo próximo, cercano o que esté por ocurrir, lo cual debe ser valorado no de manera abstracta por el juez sino de manera específica, atendiendo las características de la pretensión que se solicita dentro del proceso<sup>72</sup>.

En este mismo sentido, CALAMANDREI señala con respecto a la inminencia del daño jurídico que "(...) no basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso, además, que a causa de la eminencia del peligro la providencia solicitada tenga carácter de *urgencia*, en cuanto sea de prever que si la misma se demorase el daño temido se transformaría en daño efectivo (...)"<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> SILVA MUÑOZ, C. *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano*, cit., p.152.

<sup>71</sup> MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. cit., pp. 179-180

<sup>72</sup> Cfr. PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*. cit., pp.40-41.

<sup>73</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, cit., p. 41.

Por otra parte, el peligro en la demora además de ser inminente debe de ser cierto y actual, es decir, que la materialización del daño jurídico se esté produciendo o este por ocurrir de manera actual o próxima, desestimándose los temores futuros de producción del mismo.

#### **2.1.1.2. Verosimilitud en el derecho invocado o apariencia de fundabilidad de la pretensión principal.**

“En el derecho romano este requisito se denominaba: *fumus bonis iuris*. La palabra *fumus* significa humo, es decir, se exigía que el peticionante tuviera un humo de derecho. Debe entenderse el concepto humo como una apariencia, rasgo o aspecto exterior de derecho. En otras palabras que pareciera derecho”<sup>74</sup>. Este presupuesto implica la evaluación de la pretensión por parte del juzgador, quien al analizarla considera que la misma puede ser discutida por tener un sustento jurídico de ser amparable<sup>75</sup>.

En ese sentido, la profesora VILELA CARBAJAL indica que la denominación correcta de este presupuesto debería ser la apariencia de fundabilidad de la pretensión principal, debido a que la verosimilitud se refiere más a la pretensión<sup>76</sup> que al derecho en sí mismo, aunque la mayor parte de la doctrina la considere verosimilitud en el derecho invocado<sup>77</sup>. De la misma postura es el profesor MONROY PALACIOS quien señala que al momento de ser solicitada una medida cautelar por el accionante en un proceso judicial, deberá de demostrar al juez que la pretensión que se intenta garantizar tendrá la posibilidad de ser declarada fundada al momento de emitirse

---

<sup>74</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Temas de Proceso Civil*, cit., p. 25.

<sup>75</sup> Cfr. MARTEL CHANG, R. *Tutela Cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Palestra, Lima, 2003, p. 70.

<sup>76</sup> Pretensión entendida como pedidos concretos que realiza el accionante por medio de una demanda, por la cual ejerce de esta manera su derecho de acción dirigido hacia el Estado, quien es el que finalmente ostenta la jurisdicción. Cfr. ZEGARRA MULANOVICH, A. *Descubrir el Derecho*, cit., p. 248.

<sup>77</sup> Cfr. VILELA CARBAJAL, K “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, cit., p.275.

la sentencia, por tanto, lo que se intenta garantizar en esta etapa del proceso no es en sí mismo el derecho, el cual aún no se tiene una certeza de su existencia, sino más bien la pretensión del accionante que es puesta en peligro por un mal inminente<sup>78</sup>.

Por otra parte, al igual que el peligro en la demora, este presupuesto está regulado en el artículo 611 del CPC. Asimismo, dicho presupuesto no implica un análisis exhaustivo por parte del juez sobre la fundabilidad de la pretensión alegada por el demandante, propio mas bien de los procesos de conocimiento donde se determina por parte del juzgador que existe realmente el derecho invocado por el accionante, sino más bien se realiza por la urgencia de un peligro inminente un análisis basado en probabilidades<sup>79</sup> tal como lo explica CALAMANDREI al señalar que “(...) la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable aquel que solicita la medida cautelar (...)”<sup>80</sup>.

### **2.1.1.3. Adecuación.**

En cuanto a este presupuesto, cabe afirmar que la medida cautelar está íntimamente ligada a la pretensión planteada en el proceso, por tanto, la misma debe ser idónea con el fin de garantizar la eficacia de la sentencia<sup>81</sup>. De esta manera, la adecuación debe ser entendida “como la correlación y coherencia que debe de existir entre lo que se pretende cautelar en el proceso principal y la tutela cautelar

---

<sup>78</sup> Cfr. MONROY PALACIOS, J. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*, cit., p. 170.

<sup>79</sup> Cfr. PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, cit., p. 73.

<sup>80</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, p. 77.

<sup>81</sup> Cfr. VILELA CARBAJAL, K “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, cit., p.278.

que se dicta, esto es, que el pedido de tutela cautelar debe adecuarse a la pretensión que se pretende garantizar”<sup>82</sup> con la finalidad de evitar abuso de derecho por parte de demandantes de mala fe que la utilizan como un medio de presión hacia los demandados.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la adecuación “(...) exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretenda asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada (...)”<sup>83</sup>.

Asimismo, “esa relación de idoneidad determina la necesidad de que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales con la pretensión del proceso”<sup>84</sup>, es decir, que sean congruentes hace referencia “(...) que exista una conexión lógica entre la cautelar solicitada y el objeto de la tutela (...)”<sup>85</sup>, mientras que la medida cautelar sea proporcional hará referencia “(...) que el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar obtenida”<sup>86</sup>.

En este sentido, nuestro TC ha señalado que el principio de proporcionalidad “(...) es un principio general del derecho expresamente positivado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución (...)”<sup>87</sup>, asimismo el profesor CASTILLO CÓRDOVA precisa que el mencionado principio “(...) sirve

---

<sup>82</sup> REYES HURTADO, M. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009, p. 953.

<sup>83</sup> STC. Exp. N° 0023-2005-PI/TC del 27/10/2006 f.j. 52.c.

<sup>84</sup> VILELA CARBAJAL, K. “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, *cit.*, p.278

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*. *cit.*, pag. 87.

<sup>87</sup> STC. Exp. N° 0010-2000-AI/ TC del 03/01/2003 f.j. 138.

para establecer en cada caso en concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia (...)”<sup>88</sup>, por tanto, el juez como director del proceso deberá de evaluar antes de trabar cualquier medida cautelar, si la misma es necesaria para lograr la efectividad del proceso, teniendo en cuenta que dicha medida incide en la esfera de los derechos de la contra parte, por tanto, si la misma no es proporcional o razonable puede ocasionar que el valor justicia, teniendo en cuenta que sólo los tratos justos son acordes con la naturaleza humana<sup>89</sup>.

#### **2.1.1.4. Contracautela.**

La contracautela o caución “(...) es la garantía que ofrece el solicitante de una medida cautelar con la que respalda el pago de la eventual indemnización de los daños y perjuicios al que se pudiera ver obligado, en caso la medida cautelar obtenida haya sido ejecutada indebidamente”<sup>90</sup>, es decir, tiene como finalidad evitar la concesión de medidas cautelares inoficiosas que perjudiquen el patrimonio de la contra parte o evitando de esta forma el abuso del derecho.

La misma está regulada en nuestra legislación en el art. 613° del CPC<sup>91</sup> en la que se establece los parámetros donde

---

<sup>88</sup> CASTILLO CÓRDOVA, L. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista Peruana de Derecho Público, 2005, vol. 6, n° 11. p.7

<sup>89</sup> Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, L. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *cit.*, p.7

<sup>90</sup> PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, *cit.*, p. 95.

<sup>91</sup> *Vid.* Artículo 613 del CPC: “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo.

deberá ser otorgarla por el juez, quien podrá graduarla, modificarla o sustituirla cuando estime conveniente no quedando, por tanto, obligado aceptarla en los términos planteados por el accionante de la medida cautelar. Asimismo, la contracautela puede tener naturaleza real o personal, según lo señalado en el art. 613 del CPC.

Por otra parte, hay que precisar que la contracautela “(...) después de la modificación del CPC del año 2008, ya no es un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, sino un presupuesto para su ejecución (...)”<sup>92</sup>. Esto último, es explicado por el profesor MONROY PALACIOS quien señala que la contracautela es un requisito de actuación o de ejecución que uno de procedencia propiamente. Debido a que la contracautela tiene como finalidad asegurar la posible afectación que pudiera sufrir el demandado al momento de ser trabada una medida cautelar innecesaria en su contra, por lo que, su verificación se daría después de otorgada la medida cautelar no antes<sup>93</sup>.

Asimismo, concluye el citado autor que “(...) **la caución obedece a una potestad del órgano jurisdiccional que deberá ser utilizada cuando los resultados de la interpretación judicial respecto del caso en concreto así lo determinen.** En este sentido, es posible que existan casos donde no sea necesaria la petición de una caución, en otros donde se requiera únicamente una promesa de cubrir los posibles perjuicios (caución juratoria), o una caución

---

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte.

Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo.”

<sup>92</sup> VILELA CARBAJAL, K “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, *cit.*, p.278

<sup>93</sup> *Cfr.* MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar. cit.*, p. 203.

pecuniariamente adecuada cuando el riesgo en la concesión de la medida sea manifiesto”<sup>94</sup>.

### **2.1.2. Principales características de las medidas cautelares.**

Con respecto a las características de la medida cautelar, nuestro legislador nacional ha reconocido expresamente como tales al prejuzgamiento, la provisionalidad, la instrumentalidad y la variabilidad<sup>95</sup>. Independientemente de lo señalado por nuestro legislador, en este trabajo consideramos que el prejuzgamiento no formaría parte de las características de las medidas cautelares, debido a que las medidas cautelares “(...) no juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante (...)”<sup>96</sup>; es decir, en el momento que el juez realiza una cognición sumaria sobre los presupuestos de la medida cautelar, no realiza un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, la misma que será discutida y resuelta en el proceso principal, sino lo que realiza más bien es un cálculo de probabilidades a fin de valorar la existencia o no del derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar<sup>97</sup>.

Pasaremos a mencionar brevemente cada una de ellas:

#### **2.1.2.1. Instrumentalidad.**

Esta característica hace alusión que toda medida cautelar depende o está subordinada a un proceso principal, del cual garantiza la efectividad de la sentencia, permitiendo de este modo hacer posible la tutela jurisdiccional efectiva<sup>98</sup>.

Dicha Instrumentalidad “(...) no supone que el proceso cautelar constituya un fin en sí mismo, sino que sirve para asegurar los derechos que deberá definirse en el proceso

---

<sup>94</sup> MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar. cit.*, p. 205.

<sup>95</sup> *Vid.* art. 612 del CPC, el cual señala: “Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable”.

<sup>96</sup> VILELA CARBAJAL, K. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, N° 8, 2007, p.39.

<sup>97</sup> *Cfr.* REYES HURTADO, M. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil .cit.*, p. 943.

<sup>98</sup> *Cfr.* PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar. cit.*, p. 102.



principal (...)”<sup>99</sup>. En ese sentido, CALAMANDREI señala que en “(...) las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho, estos son, en relación con la finalidad última de función jurisdiccional, instrumentos del instrumento”<sup>100</sup>. De este modo se puede desprender que la instrumentalidad es una de las características principales de toda medida cautelar.

Por otra parte, el profesor HURTADO REYES hace mención que dicha instrumentalidad obliga a las mismas (medidas cautelares) a extinguirse una vez obtenida sentencia favorable, es decir, una vez que el órgano jurisdiccional emita sentencia firme, la misma desaparece dando pase a una medida de ejecución. Asimismo, señala que la instrumentalidad es un límite temporal de las medidas cautelares, dependiendo sus efectos jurídicos a lo que se decida en el proceso principal, llegando a desaparecer las mismas en caso finalice el proceso principal. Por último, señala que debe existir una relación entre el posible contenido del fallo y la medida cautelar, es decir, una adecuación entre la medida cautelar y el proceso principal<sup>101</sup>.

Por otra parte, la instrumentalidad de la medida cautelar respecto al proceso principal se daría por ejemplo cuando dicha medida es dictada antes de iniciado el mismo, por lo que, su vigencia y efectos estarán subordinados a la presentación de la demanda dentro del plazo establecido por el ordenamiento jurídico, que en nuestro caso estaría regulado en el art. 636 del CPCP<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> PELÁEZ BARDALES, M. *Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Grijley, Lima, 2008, p. 19

<sup>100</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. cit., p.45

<sup>101</sup> Cfr. REYES HURTADO, M. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit., p. 914.

<sup>102</sup> Vid. art. 363 del CPC: “Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera

Asimismo, otro supuesto donde se puede apreciar la instrumentalidad de la medida cautelar, es en el caso que se declare infundada la misma en primera instancia, es decir, cuando exista un pronunciamiento jurisdiccional sobre la misma, quedando en este sentido cancelada la misma aunque haya sido impugnada, sin embargo, la misma puede mantener sus efectos hasta su revisión por una instancia superior, siempre que sea solicitada al juez previo ofrecimiento de una contracautela de naturaleza real o fianza solidaria<sup>103</sup>.

#### **2.1.2.2. Provisionalidad.**

La medida cautelar al tener el carácter de provisoria podrá ser susceptible de modificación, sustitución o suspensión, siempre y cuando las condiciones que originaron su otorgamiento cambien<sup>104</sup>. Asimismo, la medida cautelar "(...) mantendrá su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que, según la ley, la deje sin efecto. De esta manera las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia; pero esa vida limitada en el tiempo está condicionada a que se produzca un hecho futuro, y esto es, como hemos señalado el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada o de otra resolución que la levante"<sup>105</sup>.

---

necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación."

<sup>103</sup> *Vid.* Art. 630 del CPCP: "Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria."

<sup>104</sup> *Cfr.* PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*. Grijley, Lima, 2005, p. 10.

<sup>105</sup> PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, cit., p. 105.

Por otra parte, CALAMANDREI señala que “(...) la provisionalidad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.”<sup>106</sup> Es decir, que dicho estado de provisionalidad durará hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva.

Asimismo, dicha provisionalidad o vida limitada en el tiempo de la medida cautelar se daría en el caso de expedición de una sentencia definitiva, por ejemplo si en un proceso de pago de suma de dinero se concede una medida cautelar de secuestro que asegure la futura ejecución de la obligación en caso de incumplimiento voluntario del demandado, una vez dictada sentencia de condena que impone el cumplimiento de dicha obligación al deudor, la medida cautelar se levanta pasando de este modo a una medida ejecutiva, la cual busca hacer efectivo la sentencia ejecutada siempre y cuando la misma sea firme y con calidad de cosa juzgada.

### **2.1.2.3. Variabilidad.**

Esta característica es muy cercana a la provisionalidad, pero con matices diferentes, es decir, mientras que la provisionalidad está supeditada al proceso principal, siendo una característica normal de toda medida cautelar, la variabilidad está más relacionada al contenido de la medida cautelar, pudiendo ser modificada o revocada por el juez a pedido de alguna de las partes interesadas. Por tanto, si bien la variabilidad subyace a toda medida cautelar, la misma no será efectiva en todos los supuestos<sup>107</sup> sino atendiendo las circunstancias particulares del caso, establecidas por el juez,

---

<sup>106</sup> CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, cit., p.37.

<sup>107</sup> Cfr. MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, cit., p. 162

tal como lo señala el art. 617 del Código Procesal Civil<sup>108</sup>. Entre los supuestos donde se podría variar una medida cautelar, el profesor MONROY PALACIOS hace mención a dos. El primero “ a) [*cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación material, al punto que la medida cautelar dictada anteriormente se torne injusta por la ausencia de algún presupuesto procesal presente al momento de su concesión, cuando provoque el riesgo de un perjuicio irreparable, se requieran de una mayor amplitud para continuar siendo eficaz o de su reducción para que no siga causando perjuicios innecesarios; o b) cuando exista alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezca o se altere los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida cautelar antes dictada. Ella sin mayor duda, deberá dar lugar al levantamiento de la medida otorgada, luego de que se haya escuchado la posición de ambas partes”<sup>109</sup>.*

### **2.1.3. Clases de medidas cautelares.**

Nuestro ordenamiento jurídico procesal regula una serie de medidas cautelares denominadas específicas, destacando entre las mismas las medidas cautelares para futura ejecución forzada (art. 642 y ss. del CPC), las cuales se dividen en embargo, secuestro y anotación de demanda en los registros públicos. Asimismo, regulada las medidas cautelares temporales sobre el fondo (art. 674 al art. 681 del CPC) y las medidas cautelares de innovar y de no innovar (art. 687 del CPC). Asimismo, en los siguientes apartados trataremos brevemente de cada una de ellas, aclarando que la presente investigación no se agota en el análisis de las mismas.

---

<sup>108</sup> Vid. Art. 617 del CPC: “A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo”

<sup>109</sup> MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, cit., pp.163-164.

### 2.1.3.1. Medidas cautelares para futura ejecución forzada.

“Son aquellas que tienen como finalidad asegurar la posibilidad de ejecución forzada ante el incumplimiento real y voluntario de obligaciones de dar suma de dinero, de dar bien mueble determinado, de obligaciones de hacer o no hacer, ordenadas mediante sentencias. [...] Estas medidas son denominadas también de mero aseguramiento, pues están destinadas precisamente a asegurar la ejecución forzada ante el incumplimiento de obligaciones pecuniarias”<sup>110</sup>.

Entre las medidas cautelares de ejecución forzada destaca el embargo y sus diferentes manifestaciones (embargo en forma de inscripción, embargo en forma de depósito, embargo en forma de retención, embargo en forma de intervención en recaudación, embargo en forma de intervención en información y embargo en forma de administración de bienes), el secuestro y la anotación de demanda, los mismos que están regulados en nuestro ordenamiento jurídico a partir del art. 642 y siguientes del CPC.

Asimismo, cabe precisar que la medida cautelar de anotación de demanda<sup>111</sup> no debería estar regulada dentro de la categoría de medidas cautelares para futura ejecución forzada debido a que la finalidad de la misma es otorgar publicidad al litigio a fin de prevenir que los terceros no puedan alegar buena fe al momento de adquirir bienes registrables que han sido trabados con esta medida<sup>112</sup>, es decir, no se busca asegurar una futura ejecución de sentencia condenatoria ante el incumplimiento voluntario de una obligación pecuniaria, tal como se da en los supuestos del embargo preventivo y secuestro cautelar o conservativo, donde se procura una disponibilidad jurídica del bien mueble

---

<sup>110</sup> PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, Grijley, Lima, 2010, p. 116.

<sup>111</sup> Denominada también “anotación de la Litis” por un sector de la doctrina. *Vid.* ARAZI, R. *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 227 y BACRE, A. *Medidas Cautelares*, Editorial La Roca, Buenos Aires, 2005, p. 455.

<sup>112</sup> *Cfr.* BACRE, A. *Medidas Cautelares, cit.*, p. 460.

e inmueble en el caso del primero, mientras que en el segundo, una indisponibilidad material y jurídica del bien mueble que implica un desapoderamiento del mismo<sup>113</sup>.

Por último, este orden de ideas podemos apreciar que las medidas para futura ejecución forzada pueden recaer tanto sobre bienes muebles e inmuebles<sup>114</sup>, según la medida específica adoptada, siempre y cuando dichos bienes sean previamente individualizados al momento de adoptarse las mismas, cumpliendo de este modo una función de garantía, por la cual, ante el incumplimiento de la parte demandada se procederá al remate por parte del juez de los bienes afectados.

### **2.1.3.2. Medidas Innovativas y medidas de no innovar.**

Cabe señalar que las medidas cautelares Innovativas es parte de la clasificación de las providencias cautelares dadas por CALAMANDREI, quien señalaba que no todas las providencias cautelares son estrictamente conservativas, pudiendo en algunos casos ser Innovativas, es decir, modificar el estado de hecho existente<sup>115</sup>.

En este sentido, las medidas Innovativas son definidas por el profesor JORGE W. PEYRANO como “una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del oficio en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contrataría a Derecho o de que se retrotraigan las resueltas consumadas de una actividad de igual tenor. Adviértase la calidad excepcional de esta medida. Es que la misma- a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables (vgr., embargo, prohibición de contratar,

---

<sup>113</sup> Vid. ARAZI, R. *Medidas Cautelares, cit.*, pp. 144- 145.

<sup>114</sup> Seguimos la clasificación sobre bienes muebles e inmuebles que realiza el código civil en sus artículos 885° y 886° respectivamente.

<sup>115</sup> Vid. CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, cit.*, pp. 48-49.

inhibición, etc.), ni tampoco impera que se mantenga el status existente al momento de la traba de la Litis. Va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme de mérito, que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”<sup>116</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico dicha medida está regulada en el art. 682 del CPC<sup>117</sup>, disponiendo para su otorgamiento la previa existencia de un perjuicio irreparable. Asimismo, el mencionado artículo hace alusión a la excepcionalidad de dicha medida, la cual se concederá cuando no exista otra medida cautelar aplicable, pudiendo ser solicitada la mismas antes o durante de iniciado el proceso principal<sup>118</sup>.

En este orden de ideas, la excepcionalidad de la medida cautelar innovativa es destacada por el profesor MONROY GÁLVEZ al señalar que “(...) la medida innovativa a diferencia de todas las medidas cautelares clásicas, no es pasible de sustitución. Si hemos advertido que es otorgada con carácter excepcional y en función de evitar un daño irreparable, resultada imposible que otra medida cautelar evite el daño como lo viene haciendo la medida innovativa concedida”<sup>119</sup>. En este sentido, el hecho que la medida innovativa no pueda ser modificada en su forma no implica que sea inmodificable, pudiendo variar de manera excepcional cuando su vigencia provoque un daño irreparable al afectado mayor del que se pretendía evitar con su mantenimiento<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> PEYRANO, J. “La Medida Cautelar Innovativa: Una realidad, una esperanza” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003. p.215.

<sup>117</sup> Art. 682 del CPC: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”

<sup>118</sup> Cfr. PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, cit., p.181.

<sup>119</sup> MONROY GÁLVEZ, J. *Temas de Proceso Civil*, cit., pp. 62-63

<sup>120</sup> Cfr. PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, cit., p.184.

Asimismo, cabe señalar que los presupuestos para el otorgamiento de una medida cautelar innovativa son en parte similares a los presupuestos de toda medida cautelar en general, es decir, además de los presupuestos de verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora, adecuación y contracautela (presupuesto para la ejecución de la misma), una parte de la doctrina<sup>121</sup> considera a la irreparabilidad del daño como un presupuesto más de las medidas Innovativas, lo cual difiere con las medidas cautelares en general donde la irreparabilidad del daño no es considerado como presupuesto ni como determinante para su concesión.

En este sentido, cuando el juzgador evalúe los presupuestos de una medida cautelar innovativa, en la cual empleará rigurosidad por ser excepcional, deberá en un primer momento tener en cuenta que el derecho invocado por el accionante, luego del análisis sumario de las pruebas aportadas por el mismo, llegue a tener probabilidad de ser amparable, es decir, que pueda llegar a ser reconocido como verdadero no con la simple apariencia de su existencia, sino más bien con la comprobación de hechos como medios de prueba que hagan posible dicho reconocimiento. Posteriormente, deberá observar que el peligro en la demora de la prestación de la cautela jurisdiccional pueda acarrear que el derecho devengue en ineficaz por el transcurso del tiempo o que por la propia actividad de la parte contratada conlleve que el daño producido se convierta en irreparable, es decir, generando de este modo un “quebranto real e irremplazable en el *status* jurídico de la situación que se somete a proceso”<sup>122</sup> produciendo a la misma vez una afectación total del derecho. Asimismo, deberá tener en cuenta la adecuación de la medida cautelar innovativa con la pretensión que se quiere garantizar, siendo la misma

---

<sup>121</sup> En este sentido, el profesor Jorge W. Peyrano considera a la irreparabilidad del daño como un presupuesto característico de la medida innovativa. *Vid.* BILESIO, J y GASPARINI, M. “Medida Innovativa: Un cuarto presupuesto, el “daño irreparable”” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003. p.331.

<sup>122</sup> RIVAS, A. citado por PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar, cit.*, pp.43-44.



coherente con dicho fin, permitiendo de este modo el no abuso de derecho por parte del accionante. Por último, el juez deberá evaluar la posibilidad de admisión de una contracautela con respecto a su monto y naturaleza, teniendo en cuenta los posibles daños que podría ocasionar dicha medida a la parte afectada<sup>123</sup>.

Asimismo, entre las medidas innovativas reguladas en nuestro ordenamiento jurídico destacan los supuestos de interdicción (art. 684 CPC), cautela posesoria (art. 684 CPC), abuso de derecho (art. 685 CPC) y las referidas a los derechos de la intimidad, a la imagen y a la voz (art. 686 CPC). Asimismo, dicha lista no tiene un carácter taxativo, sino enunciativo, en el sentido, que el juez como director del proceso puede concederlas en supuestos diferentes a los regulados en nuestro ordenamiento jurídico<sup>124</sup>.

Por otra parte, la medida de no innovar o prohibición de innovar, es aquella medida cautelar que “(...) tiende a inmovilizar una determinada situación fáctica y jurídica. Procura el mantenimiento del statu quo, impidiendo cualquier alteración que a la postre haga de cumplimiento imposible la sentencia a dictarse o ilusorio el derecho que ella reconozca”<sup>125</sup>, en este sentido, esta medida cautelar “(...) no deshace lo hecho, sino que congela una situación, impidiendo que se siga haciendo en el futuro, evitando que se produzca un perjuicio irreparable”<sup>126</sup>.

Asimismo, esta medida de no innovar está regulada en nuestro ordenamiento jurídico específicamente en el art. 687 del CPC, siendo al igual que la medida innovativa excepcional, es decir, sólo se concederá cuando no sea

---

<sup>123</sup> Cfr. RUZAFÁ, B. “Notas sobre medida innovativa y el daño irreparable” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pp. 352-358.

<sup>124</sup> Cfr. PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, cit., p.184.

<sup>125</sup> DE LÁZZARI, E. “La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 319.

<sup>126</sup> PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, Grijley, Lima, 2010, p. 199.

aplicable otra medida, asimismo, exige para su concesión al igual que en la medida innovativa la inminencia de un perjuicio irreparable, siendo evaluada la misma junto con el peligro en la demora y los demás presupuestos de otorgamiento y concesión requerido en la medida innovativa.

### **2.1.3.3. Medidas Temporales sobre el fondo.**

Estas medidas temporales sobre el fondo están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 674 del CPC y ss. Son denominadas por la doctrina como medidas anticipadas, las cuales tienen una finalidad distinta de las medidas cautelares propiamente dicha, por tanto, para un mejor estudio de las mismas, consideramos conveniente ubicarlas y estudiarlas en un apartado distinto de las medidas cautelares, tal como lo hace notar la profesora VILELA CARBAJAL, al señalar que dichas medidas son confundidas por nuestro legislador como medidas cautelares cuando en realidad tienen una naturaleza distinta<sup>127</sup>.

## **2.2. Medidas anticipadas.**

Cabe señalar que las medidas anticipadas fueron mencionadas en su momento por CALAMANDREI, quien las denominada también interlineales, las cuales decidían sobre la relación sustancial controvertida hasta que no sobreviniera la decisión definitiva y con miras a evitar un perjuicio irreparable<sup>128</sup>.

Asimismo, estas medidas anticipadas pueden ser ubicadas dentro de los denominados procesos urgentes, los cuales, comprenden tal como lo señala PEYRANO<sup>129</sup> una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus,

---

<sup>127</sup> Vid. VILELA CARBAJAL, K. “*Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*”, cit., p. 272.

<sup>128</sup> Vid. CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., pp.53-54.

<sup>129</sup> PEYRANO, J. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución” en *Medidas Autosatisfactivas*, PEYRANO, J. (Dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p.14.

las propias medidas cautelares, etc.) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor “tiempo” posee una relevancia superlativa. En este mismo sentido, la profesora DE LOS SANTOS<sup>130</sup> señala que dichos procesos urgentes comprenden también a las resoluciones con carácter propio denominadas medidas autosatisfactivas, las mismas que haremos referencia en otro apartado. Por tanto, dichos procesos urgentes son el resultado de la búsqueda de eficiencia dentro del proceso que pretende dar soluciones oportunas a los diversos situaciones que se presentan como consecuencia de la constante evolución y globalización de nuestra sociedad, procurando “(...) no sólo “dar a cada uno lo suyo” sino hacerlo “cuando corresponde”, es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables”<sup>131</sup>.

Por otra parte, tal como lo señaláramos en el apartado precedente, las medidas anticipadas tienen una finalidad distinta a las medidas cautelares, es decir, mientras las medidas cautelares tiene como finalidad asegurar la eficacia de una futura sentencia, las medidas anticipadas tienen como finalidad la satisfacción tanto parcial o total de la pretensión contenida en la demanda<sup>132</sup>. Por tanto, compartimos lo señalado por la profesora VILELA CARBAJAL quien señala que “[l]a anticipación se convierte en el instrumento utilizado por el legislador y por el juez para solucionar el problema de la demora en la entrega de la prestación jurisdiccional. Es así que cuando el juez concede la anticipación de la tutela, lo que hace es pronunciarse sobre la misma materia que sería objeto de la sentencia final. Es por ello, que la medida anticipa”<sup>133</sup>.

Asimismo, dicha medida anticipada tiene carácter excepcional, tal como lo hace notar el mismo art. 674 del CPC<sup>134</sup>, por tanto, al momento

---

<sup>130</sup> Cfr. DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N°3, 1999, p. 72.

<sup>131</sup> PEYRANO, J. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución”, *cit.*, p.14.

<sup>132</sup> DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, *cit.*, p. 73.

<sup>133</sup> VILELA CARBAJAL, K. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”, *cit.*, p.41.

<sup>134</sup> Art. 674 CPC: “Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en

de ser otorgada el juez deberá evaluar sus presupuestos con especial rigurosidad como en el caso de las medidas cautelares innovativas. En este sentido, cabe señalar que el mencionado art. 674 del CPC hace referencia a una firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada como presupuesto para su otorgamiento. En este sentido, cabe señalar que el profesor PRIORI POSADA<sup>135</sup> hace una crítica a lo dispuesto por el mencionado artículo, al señalar que dicha denominación de firmeza de la pretensión no es la más acorde con la situación que se pretende regular debido a que se asemejaría más a la certeza, lo cual, es propio de los procesos declarativos, por tanto, lo que debió señalar la norma es un grado mayor de verosimilitud que el exigido para una medida cautelar.

En este orden de ideas, los presupuestos para el otorgamiento de una medida anticipada por parte del juez son en grado de conocimiento no de apariencia del derecho, exigido para la medida cautelar, sino una fuerte probabilidad denominada certeza provisional de que el derecho invocado exista. Asimismo, el juez deberá tener en cuenta la irreparabilidad del daño como consecuencia en caso no se adelanten los efectos de dicha sentencia; por tanto, el peligro en la demora se verá reemplazado por la irreparabilidad del daño<sup>136</sup>. Por otra parte, la contracautela propia para la ejecución de las medidas cautelares no será exigible en todos los casos como por ejemplo en los supuestos de fijación provisoria de alimentos<sup>137</sup>.

---

su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”.

<sup>135</sup> PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*, cit., pp.75-76.

<sup>136</sup> Irreparabilidad del daño es considerado por autores como MONROY PALACIOS como el grado máximo al que puede llegar el peligro en la demora, siendo para el mencionado autor el peligro en la demora uno solo, el cual en algunos supuestos puede devenir en irreparable, Vid. MONROY PALACIOS, J. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*, cit., pp- 184-185; de la misma línea es el profesor PRIORI POSADA, para quien la irreparabilidad del daño no es condición esencial para el otorgamiento de una medida cautelar, Vid. PRIORI POSADA, G. *Tutela Cautelar*, cit., p.48.

<sup>137</sup> Cfr. VILELA CARBAJAL, K. “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, cit., p. 272.

### 2.3. Medidas genéricas.

Las medidas cautelares genéricas o innominadas y atípicas puede definirse “(...) como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo (...)”<sup>138</sup> ocasionando de esta manera que el derecho reclamado por el accionante contenido en la pretensión devenga en ineficaz.

Esta medida cautelar está regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 629 del CPC<sup>139</sup>, el mismo que le otorga al juez un poder cautelar general para conceder medidas cautelares no previstas en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando evalúe las circunstancias particulares para su otorgamiento, escogiendo de esta manera las más acorde para el aseguramiento del futuro resultado procesal y ejecución del mismo<sup>140</sup>. De esta manera, dicha medida cautelar genérica tiene un carácter residual, es decir, será utilizada cuando falte algunos de los requisitos necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar específica<sup>141</sup>, asimismo la discrecionalidad del juez al momento de otorgar estas medidas no es una discrecionalidad arbitraria sino más bien una discrecionalidad técnica que le concede el ordenamiento jurídico a fin de poder optar por la medida que mejor se ajuste a la pretensión planteada por el accionante<sup>142</sup>.

Por otra parte, la doctrina<sup>143</sup> considera que las medidas cautelares genéricas, al igual que toda medida cautelar tiene como presupuestos comunes para su otorgamiento la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y contracautela para su ejecución. Una peculiaridad, en el caso argentino<sup>144</sup> es que agregan como presupuesto de la medida genérica el

---

<sup>138</sup> RENGEL ROMBERG, A. *Medidas cautelares innominadas* en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 9, 2006, p.493.

<sup>139</sup> Vid. Art. 629 del CPC: “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.”

<sup>140</sup> Cfr. RENGEL ROMBERG, A. *Medidas cautelares innominadas*, cit., p. 517.

<sup>141</sup> Cfr. PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, cit., p. 91.

<sup>142</sup> Cfr. RENGEL ROMBERG, A. *Medidas cautelares innominadas*, cit., p.494.

<sup>143</sup> Entre ellos ALDO BACRE y RONALD ARAZI, Vid. BACRE, A. *Medidas Cautelares*, cit., pp.549-552; Vid. ARAZI, R. *Medidas Cautelares*, cit., pp. 296-303.

<sup>144</sup> Vid. BACRE, A. *Medidas Cautelares*, cit., p.551. En este sentido, consideremos que dicha peculiaridad presentada en la caso argentino de asegurar provisionalmente el

aseguramiento provisional del cumplimiento de la sentencia como un presupuesto más para la concesión de dicha medida, asimismo al peligro en la demora le dan una connotación de perjuicio inminente o irreparable tal como se observa en lo señalado en el ordenamiento argentino en su art. 232 del CPN<sup>145</sup>.

#### 2.4. Medidas autosatisfactivas.

Tal como lo mencionáramos en el apartado número dos del presente capítulo, las medidas autosatisfactivas pueden ser ubicadas dentro de los denominados procesos urgentes, los cuales a la misma vez abarcan tanto a las medidas cautelares, las medidas anticipadas, el habeas corpus, el amparo, entre otros.

Cabe mencionar tal como lo hace notar el profesor PELÁEZ BARDALES<sup>146</sup> que la denominación medidas autosatisfactivas no es pacífica en la doctrina principalmente argentina. Asimismo, en el caso peruano existen voces en contra de las denominadas medidas autosatisfactivas, entre ellas la del profesor MONROY PALACIOS<sup>147</sup> para

---

cumplimiento de la sentencia se convertiría en un condicionamiento al ejercicio de la Tutela Jurisdiccional efectiva de los justiciables.

<sup>145</sup> Vid. Art. 232 del CPN: Medidas cautelares genéricas: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

<sup>146</sup> Así señala el autor que “[d]iversos autores, principalmente argentinos, han acuñado diversas denominaciones referidas a la medida autosatisfactiva. Así, Peyrano, que tanto ha escrito y estudiado sobre la justicia asegurativa y cautelar, lo llama simplemente medidas autosatisfactivas. Adorno se refiere a estas como proceso urgente no cautelar. De Lazzari, otro maestro del tema cautelar habla de cautela material. Lorenzetti las denomina como cautela civil inhibitoria. Berizonce, que ha escrito también de manera lúcida y extensa sobre el asunto cautelar la llama tutela anticipatoria; por su parte Nicolau habla de tutela inhibitoria. Finalmente Morello otra autoridad en esta materia las denomina como cautela satisfactiva de realización inmediata y tutela diferenciada.” PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, cit., p. 325.

<sup>147</sup> Señala el profesor Monroy Palacios su discrepancia con el término medidas autosatisfactivas, pues “la satisfacción es una característica propia de todo proceso judicial en el cual se realice un pronunciamiento sobre el fondo, donde resulta indistinto que se dé o no la razón al demandado. En esta medida, “autosatisfacción” nos da la idea de que un sujeto de derecho se ésta valiendo de sí mismo para lograr una satisfacción, una composición de la litis, lo cual, en la actualidad, se encuentra proscrito, salvo

quien la denominación más adecuada para distinguir dicho mecanismo sería la de proceso urgente.

Por otra parte, en este trabajo independientemente de las críticas dadas a la denominación de medidas autosatisfactivas, seguiremos utilizándola con fines ilustrativos señalando el desarrollo de la misma por un importante sector de la doctrina argentina entre ellos los profesores PEYRANO y DE LOS SANTOS.

En este sentido, las medidas autosatisfactivas pueden ser definidas como “soluciones jurisdiccionales urgentes no cautelares, despachables *in extremis* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, de modo que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal (...)”<sup>148</sup>.

En este orden de ideas, los presupuestos para el otorgamiento de una medida autosatisfactiva difieren en cierta medida con los requeridos para el otorgamiento de una medida cautelar. Para el otorgamiento de una medida autosatisfactiva se requerirá una fuerte probabilidad cercana a la certeza de que el derecho invocado sea cierto, difiriendo en este sentido, con las medidas cautelares donde se requerirá una apariencia o posibilidad de que el derecho invocado exista. Asimismo, con respecto al presupuesto del peligro en la demora, comparte con las medidas cautelares que el daño por el cual se fundamenta el dictado de la misma (autosatisfactivas) deberá ser inminente, es decir, de cercana o de próxima realización; asimismo, dicho daño deberá de tener una connotación de grave, el cual, se convertirá en irreparable sino se realiza un pronunciamiento urgente del órgano jurisdiccional. Por otra parte, con respecto a la prestación de la contracautela, las medidas autosatisfactivas comparten con las medidas cautelares el hecho que no en todos los

---

algunas justificaciones excepcionales. Creemos que la mejor forma de nombrar a este mecanismo es señalando precisamente lo que es: un proceso que posee una característica esencial cual es, la urgencia. Con esto, salvo mejor parecer, no vemos una denominación más adecuada que aquella que describe las cosas tal cual son: proceso urgente.” MONROY PALACIOS, J. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, cit., pp. 278-279.

<sup>148</sup> DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, cit., p.74.

supuestos se exigirá la misma, siendo exigible para las autosatisfactivas cuando sea decretada *inaudita parte*<sup>149</sup> y sin que exista la fuerte probabilidad cercana a la certeza del derecho invocado por el accionante<sup>150</sup>. Por último, respecto al presupuesto de adecuación existe una clara diferencia entre estos dos institutos, pues mientras que en las medidas cautelares la adecuación exige una conexión lógica entre la medida cautelar adoptada y la pretensión principal contenida en la demanda, lo cual se relacionaría con el carácter instrumental de la cautelar, en las medidas autosatisfactivas dicho presupuesto no tendría razón de ser debido al carácter autónomo de dicho instituto, el cual, “(...) se agota con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal (...)”<sup>151</sup>; por tanto, no tendría sentido referirse a una adecuación como presupuesto para el otorgamiento de una medida autosatisfactiva, si dicha medida al ser autónoma no tendría conexión lógica con la pretensión principal de un proceso que nunca se iniciará.

Por último, entre las características que asemejan y distinguen a una medida autosatisfactiva de una cautelar, tenemos entre las primeras (las que las asemejan) el carácter urgente, es decir, tanto las medidas autosatisfactivas como las cautelares son parte de los procesos urgentes, asimismo tienen en común su ejecutabilidad inmediata, es decir, que dichas medidas puedan ser plasmadas en la realidad sin que medie recurso que las suspendan debido al carácter urgente que hace necesaria su pronta repuesta del órgano jurisdiccional, asimismo tienen en común el carácter mutable o flexible, es decir, tanto en las medidas autosatisfactivas como en la cautelares el juzgador, teniendo en cuenta el derecho invocado que pretende proteger, podrá acordar una medida diferente a la solicitada por el accionante.

---

<sup>149</sup> Es decir, sin oír o correr traslado a la otra parte, salvo que no exista una fuerte probabilidad cercana a la certeza que posibilite un tipo de “sustanciación rápida, compatible con la efectividad de lo pretendido y con el carácter urgente de la pretensión”. Vid. DE LOS SANTOS, M. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar” en *Medidas Cautelares*, GREIF, J. (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p.366.

<sup>150</sup> Cfr. DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, *cit.*, pp. 74-75.

<sup>151</sup> DE LOS SANTOS, M. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar”, *cit.*, p. 359.



Finalmente, entre las diferencias más resaltantes entre estas dos medidas, destaca el carácter autónomo de las medidas autosatisfactiva que comporta la satisfacción total o parcial del derecho invocado por el accionante; mientras que en las medidas cautelares destaca su carácter instrumental por el cual se asegurará con la misma, la efectividad del fallo<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> DE LOS SANTOS, M. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar”, *cit.*, pp. 366-367.



### **CAPITULO III**

## **LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN REGULADAS EN LA LEY N° 30364 “LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR”**

Las medidas de protección son mecanismos procesales destinados a neutralizar o minimizar los efectos nocivos del ejercicio de la violencia por parte de un agresor, asegurando de esta manera la integridad física, psicológica, moral y sexual de la víctima<sup>153</sup>. Dichas medidas son emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes los cuales son los Juzgados de Familia, los Juzgados Mixtos o en su defecto los Juzgados de Paz.

Estas medidas de protección son reguladas en la Ley N° 30364 “Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP. Dichas normas establecen dos etapas en los procesos de tutela frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. La primera etapa denominada de protección está a cargo de los Juzgados de Familia o su equivalente quienes dictan las medidas de protección más oportuna que cada caso concreto requiera, mientras que la segunda etapa denominada de sanción está a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia penal quienes en

---

<sup>153</sup> Cfr. MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*, Editorial y Gráfica Ebra, Lima, 2006, p. 72.

la etapa de investigación o juzgamiento aplican según el caso las disposiciones sobre delitos y faltas establecidas en la normativa penal.

Entre las principales medidas de protección reguladas en ley 30364 tenemos las reguladas en el art. 22°, las cuales son: 1. Retiro del agresor del domicilio. 2. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine. 3. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, internet u otras redes o formas de comunicación. 4. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que estén en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección. 5. Inventario sobre sus bienes. 6. Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares.

En este sentido, la medida de protección de retiro del agresor del domicilio, está “(...) destinada a establecer la no permanencia del agresor en el mismo inmueble en el que vive con la víctima, a fin de evitar la sobrevictimización de esta”<sup>154</sup>. Esta medida es dictada debido a que en la convivencia familiar pueden generarse situaciones conflictivas difíciles de superar debido a diferencias insalvables entre los miembros del núcleo familiar, lo que puede ocasionar en algunos casos agresiones tanto físicas como psicológicas, por lo cual, se aplica esta medida de protección drásticas debido a que las demás medidas de protección no pueden aplacar la situación de violencia que se vive en dicho hogar.

Esta medida de retiro del agresor del domicilio deberá ser evaluada en el caso concreto por el juez señalando de manera clara el plazo razonable de duración, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

---

<sup>154</sup> MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*, cit., p. 73

Por otra parte, la medida de protección de impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine, es una medida de protección similar al impedimento de acoso a la víctima regulada en la anterior ley 26260, teniendo como finalidad ordenar que una persona deje de perseguir o importunar sin tregua o descanso a otra permitiéndole desarrollar sus actividades cotidianas con normalidad<sup>155</sup>. Cabe señalar que el art. 22 de la ley 30364 en su inciso 3° hace mención a la prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica, vía chat, redes sociales, red institucional, internet u otras redes o formas de comunicación. Lo cual consideramos que dicha regulación es innecesaria debido a que el impedimento de acoso de la víctima englobaría las conductas descritas en los incisos 2° y 3° de la ley 30364.

Asimismo, la medida de protección de inventario de bienes es “ (...) una medida excepcional y accesoria de otra, despachándose siempre que se asuma convicción o exista verosimilitud de que los bienes a inventar pertenecen a la familia o siendo de propiedad exclusiva del agresor, estos han sido aportados para fundar una comunidad de bienes y disfrutar de ellos de manera permanente, que además éstos bienes sean imprescindibles para la subsistencia de la familia; y que debido al desquicio matrimonial o la crisis familiar, la víctima tuvo que haberse visto forzado a retirarse del lugar donde se encuentra la vivienda y en ella todos sus bienes, y en dicha circunstancia exista el peligro de que el agresor pueda hacer uso disposición indebida, desproporcionada o abusiva de los bienes, en desmedro de los miembros más débiles”<sup>156</sup>.

Por otra parte, el reglamento de la Ley N° 30364, Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP hace mención en su art. 37° a otras medidas de protección que pueden ser dictadas por el Juzgado de Familia, siendo estas: Prohibición de acceso a lugares de trabajo o estudio de la víctima u otro lugar que ésta frecuente o de acercarse a una distancia de 300 metros, prohibición de disponer, enajenar, otorgar en prenda o hipoteca o cambiar de titularidad de los bienes muebles o inmuebles comunes, tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora y

---

<sup>155</sup> MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*, cit., p. 72.

<sup>156</sup> RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Idemsa, Lima, 2008, p. 181.

finalmente cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de sus víctimas o sus familiares<sup>157</sup>.

Por último, tanto la anterior Ley N° 26260, como la nueva Ley 30364 y su reglamento no señalan la naturaleza jurídica de las medidas de protección sino simplemente las enuncian, tal como se puede observar en los art. 10° de la Ley 26260 y art. 22° de la Ley 30364. En este sentido, en los apartados siguientes trataremos de analizar las semejanzas y diferencias entre las medidas de protección y los principales mecanismos de protección de la tutela jurisdiccional efectiva, con la finalidad de conocer su naturaleza jurídica, para un mejor estudio de las mismas.

### **3.1. Semejanzas y diferencias entre las medidas de protección con los mecanismos de protección de la tutela jurisdiccional efectiva.**

#### **3.1.1. Semejanzas y diferencias con las medidas cautelares.**

En la actual Ley N° 30364 podemos observar que se enuncia por separado las medidas de protección y las medidas cautelares, tal como se puede apreciar en el art. 16°, donde se indica que luego de interpuesta la denuncia por violencia familiar, los juzgados de familia procederán a evaluar el caso y resolver en audiencia oral la emisión de las medidas de protección, así como las medidas cautelares solicitadas por la víctima<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Vid. Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, art. 37° inciso 3: “Además de las medidas de protección señaladas en la Ley el Juzgado de Familia puede dictaminar: 1. Prohibición de acceso de la víctima u otro lugar que ésta frecuente o de acercarse a una distancia de 300 metros. 2. Prohibición de disponer, enajenar, otorgar en prenda o hipoteca o cambiar de titularidad de los bienes muebles o inmuebles comunes. 3. Prohibición a la persona agresora de trasladar niños, niñas o personas en situación de cuidado del grupo familiar. 4. Tratamiento reeducativo o terapéutico para la persona agresora. 5. Cualquier otra medida de protección requerida para la protección de la integridad y la vida de sus víctimas o sus familiares.”

<sup>158</sup> Cfr. Art. 16 de la Ley N° 30364: “En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean

En este sentido, cabría preguntarnos, ¿las medidas de protección reguladas en la Ley N° 30364 y su reglamento son medidas cautelares? La respuesta a esta interrogante la daremos a continuación.

Si tenemos en cuenta que las medidas cautelares forman parte de los procesos urgente, siendo su finalidad el aseguramiento del fallo definitivo, mostrando de esta manera su carácter instrumental, es decir, la medida cautelar sirve a un proceso principal del cual asegura el cumplimiento de su decisión final, situación que no se presentaría en las medidas de protección debido que el dictado de las misma no es garantizar el cumplimiento definitivo del fallo sino garantizar “ (...) la integridad física, psicológica, moral y sexual de la víctima, además del resguardo de sus bienes patrimoniales (...)”<sup>159</sup>, lo que supone que las medidas de protección pueden en algunas ocasiones prevenir y en otras ocasiones evitar el surgimiento o resurgimiento de los ciclos de violencia, evitando o disminuyendo los efectos de las agresiones<sup>160</sup>.

Las medidas de protección comparte con las medidas cautelares las características de provisionalidad y variabilidad, debido a que tanto las medidas cautelares y de protección tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia, estando condicionadas a que se produzca un hecho futuro como el dictado de una sentencia con calidad de cosa juzgada o circunstancias que la dejen sin efecto en el caso de las cautelares, mientras que las medidas de protección dependerán del dictado de la sentencia que ponga fin al proceso por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia, pudiendo ser las mismas modificadas o confirmadas si la referida sentencia es condenatoria tal como se puede observar en lo dispuesto en el

---

necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

<sup>159</sup> MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*, cit., p. 72.

<sup>160</sup> Cfr. RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliar*, cit., p. 132.

art. 20 de la ley 30364<sup>161</sup>, asimismo dicha provisoriedad se puede observar también en lo dispuesto en el art. 23 de la mencionada ley, cuando se hace referencia que las medidas de protección dictadas por el juzgado de familia tendrán vigencia hasta lo dispuesto por el juzgado penal o hasta que el fiscal emita pronunciamiento de no presentar denuncia penal por resolución denegatoria<sup>162</sup>.

Asimismo la variabilidad se presenta en las medidas de protección en el sentido que las mismas pueden ser modificadas a pedido de parte o de oficio por el Juzgado de Familia siempre que se alteren las circunstancias que motivaron el dictado de las mismas

---

<sup>161</sup> Vid. Art. 20 de la ley 30364: “La sentencia que ponga fin al proceso por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar puede ser absolutoria o condenatoria. En el primer caso el juez señala el término a las medidas de protección dispuestas por el juzgado de familia o equivalente. Las medidas cautelares que resguardan las pretensiones civiles que hayan sido decididas en esa instancia cesan en sus efectos salvo que hayan sido confirmadas en instancia especializada. En caso de que se trate de una sentencia condenatoria, además de lo establecido en el artículo 394 del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y cuando corresponda, contiene: 1. La continuidad o modificación de las medidas de protección dispuestas por el juzgado de familia o equivalente. 2. El tratamiento terapéutico a favor de la víctima. 3. El tratamiento especializado al condenado. 4. La continuidad o modificación de las medidas cautelares que resguardan las pretensiones civiles de tenencia, régimen de visitas, suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad, asignación de alimentos, entre otras. 5. Las medidas que los gobiernos locales o comunidades del domicilio habitual de la víctima y del agresor deben adoptar, para garantizar el cumplimiento de las medidas de protección, salvo que hayan sido confirmadas en instancia especializada. 6. La inscripción de la sentencia en el Registro Único de Víctimas y Agresores por Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, a cargo del Ministerio Público. 7. Cualquier otra medida a favor de las víctimas o de los deudos de estas. En el caso de que las partes del proceso usen un idioma o lengua diferente al castellano, la sentencia es traducida. En los casos que no sea posible la traducción, el juez garantiza la presencia de una persona que pueda ponerles en conocimiento su contenido.”

<sup>162</sup> Cfr. Art. 23 de la ley 30364: “La vigencia de las medidas dictadas por el juzgado de familia o su equivalente se extiende hasta la sentencia emitida en el juzgado penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decida no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamientos sean impugnados. La Policía Nacional del Perú es responsable de ejecutar las medidas de protección dictadas, para lo cual debe tener un mapa gráfico y georreferencial de registro de todas las víctimas con las medidas de protección que les hayan sido notificadas; y, asimismo, habilitar un canal de comunicación para atender efectivamente sus pedidos de resguardo, pudiendo coordinar con los servicios de serenazgo a efectos de brindar una respuesta oportuna.”



o aquellas que no sean suficientes para garantizar la seguridad o bienestar de la víctima<sup>163</sup> teniendo en cuenta que los actos de violencia familiar son generalmente cíclicos, pudiendo en algunos casos una medida de protección inicial ser complementada por otra con la finalidad de mitigar dichos actos de violencia.

Si observamos los presupuestos comunes para el otorgamiento de una medida cautelar, es decir, verosimilitud del derecho invocado, adecuación, peligro en la demora y contra cautela (presupuesto para su ejecución), nos damos cuenta que en la nueva Ley N° 30364 y su reglamento no hacen mención a los recaudos para el otorgamiento de las mismas, situación que no se presentaba en la anterior del Ley N° 26260, donde en el art. 11° de su reglamento hacía mención que el Fiscal Provincial de Familia podía dictar las medidas de protección inmediatas siempre que existiera peligro por la demora<sup>164</sup>, ahora bien cabría también preguntarnos si las medidas de protección comparten alguno o algunos de los presupuestos comunes de las medidas cautelares.

A nuestro parecer consideramos que sí comparte con las medidas cautelares el presupuesto de peligro en la demora tal como lo hace notar el profesor RAMOS RÍOS, para quien este presupuesto está referido no en sí a la morosidad o lentitud del proceso sino más bien a la posibilidad de que le suceda un mal mayor e inminente a la víctima como consecuencia de actos de violencia desplegados por el agresor, siendo de carácter urgente el dictado de las mismas, por tanto, no es un peligro de daño genérico sino más bien el peligro de un daño futuro inminente que esté por ocurrir o esté ocurriendo<sup>165</sup>. Asimismo, consideramos que no comparte con las medidas cautelares el presupuesto de adecuación debido que las medidas de protección si bien son dictadas para garantizar la integridad física y psicológica de las víctimas de violencia familiar, las mismas no aseguran el fallo definitivo como en el caso de las medidas cautelares, donde se adecua la medida con aquello que se

---

<sup>163</sup> Cfr. Art. 41° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP.

<sup>164</sup> Vid. Art. 11 del Decreto Supremo N° 002-98-JUS.

<sup>165</sup> Cfr. RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*, cit., pp. 143-144. En este sentido, consideramos que más que un peligro sobre la víctima es un peligro en la efectividad de la sentencia futura.

pretende cautelar en el proceso principal. Asimismo, para la ejecución de las medidas de protección no se exige ninguna contracautela que respalde el pago de una eventual indemnización de daños y perjuicios que se pudieran ocasionar como resultado de un dictado arbitrario de las mismas, debido a que existen mecanismos procesales por el cual la persona afectada puede reestablecer su derecho. Por último, para el dictado de las medidas de protección el Juez de Familia evaluará si es jurídicamente atendible lo requerido por el justiciable (la víctima) no a través de una simple verosimilitud sino a través de una probabilidad que le permita darse cuenta que la medida de protección solicitada es urgente, por lo cual, deberá de realizar una actividad probatoria mínima<sup>166</sup>.

Por último, otra diferencia entre las medidas de protección con las medidas cautelares especialmente para la futura ejecución forzada como el embargo en sus diferentes modalidades, el secuestro y anotación de demanda es que estas tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del fallo definitivo a través de la afectación de bienes de un presunto deudor, por tanto, “(...) no vemos como estas medidas cautelares que siempre afectan un bien de un presunto deudor y son evidentemente de tutela patrimonial, vayan a resguardar a la persona o preservar la seguridad de la víctima o de su familia que implica garantizar la integridad física, psicológica y moral de la persona (...)” a través del dictado de una medida de protección<sup>167</sup>. Asimismo, las medidas de protección y las medidas cautelares innovativas y de no innovar difieren en el carácter excepcional de estas últimas, las cuales serán dictadas siempre que no exista otra medida aplicable, mientras que las medidas de protección no tienen ese carácter de excepcionalidad pudiendo ser dictadas en un proceso de violencia familiar común, asimismo al tener dicho carácter excepcional, las medidas innovativas y de no innovar sólo puede ser variadas, pero de manera también excepcional siempre que su vigencia provoque un daño mayor al afectado del que se pretendía evitar con su vigencia, mientras que las medidas de protección pueden ser variadas por el

---

<sup>166</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 140.

<sup>167</sup> RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*, cit., p. 186.

Juez de Familia hasta antes que los Juzgados Penales o Juzgados de Paz Letrados tengan conocimiento del caso, esto por el carácter cíclico de la violencia familiar lo que permite que una inicial medida cautelar sea complementada por otra.

En conclusión consideramos que las medidas de protección comparten algunas características propias de las medidas cautelares, pero a la misma vez poseen diferencias notorias que nos hacen concluir que no tienen naturaleza cautelar.

### **3.1.2. Semejanzas y diferencias con las medidas anticipadas.**

Las medidas de protección comparten con las medidas anticipadas el carácter de urgente, es decir, son dadas en el marco donde el factor tiempo juega un papel importante para salvaguardar los derechos de los justiciables, siendo el dictado de las mismas impostergables pudiendo ocasionar que el derecho se vuelva irreparable si no son adoptadas oportunamente. Asimismo, teniendo en cuenta el carácter de urgente de estas dos medidas, su ejecutabilidad es inmediata, siendo en el caso de las medidas de protección ejecutadas por la Policía Nacional del Perú<sup>168</sup>.

Otra semejanza es que las dos aseguran la bilateralidad, es decir, ponen en conocimiento a la otra parte el dictado de la misma con la finalidad de que ejerzan su derecho de defensa. En el caso de las medidas de protección lo podemos observar en el art. 35° del Reglamento de la Ley N° 30364 donde se deja abierta esta posibilidad al Juez de Familia quien antes de dictar las medidas de protección, puede considerar entrevistar a la parte denunciada<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> *Vid.* Ley N° 30364 art. 23° “(...) La Policía Nacional del Perú es responsable de ejecutar las medidas de protección dictadas, para lo cual debe tener un mapa gráfico y georreferencial de registro de todas las víctimas con las medidas de protección que les hayan sido notificadas; y, asimismo, habilitar un canal de comunicación para atender efectivamente sus pedidos de resguardo, pudiendo coordinar con los servicios de serenazgo a efectos de brindar respuesta oportuna.”

<sup>169</sup> *Vid.* Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP art. 35° inciso 1: “El juzgado de Familia puede realizar audiencia con la sola presencia de las víctimas o sin ellas. En caso que las circunstancias lo ameriten, dicta las medidas de protección o cautelares correspondientes, en el plazo de 72 horas que establece la ley. Cuando el Juzgado lo considere necesario entrevistar a la persona denunciada. Para efectos del cómputo de los plazos se considera las dificultades geográficas en zonas rurales.”

De manera más clara podemos observar el tema de la bilateralidad cuando se dicta una medida de protección de retiro del hogar del agresor, la misma que es considerada como una medida drástica, porque, se le priva a una persona la permanencia en el domicilio familiar por realizar actos de violencia en detrimento de su familia, se le deberá de emplazar al agresor la posible demanda a efectos que pueda ejercer su derecho de defensa<sup>170</sup>.

En este sentido, cabe mencionar que existen medidas de protección como la medida de retiro del agresor del domicilio que se asemeja a las medidas anticipadas en la mayor parte de sus características y presupuestos, teniendo las dos el carácter de drásticas, es decir, que para su dictado el órgano jurisdiccional deberá de evaluar la existencia del derecho invocado mediando una fuerte probabilidad, asimismo deberá tener en cuenta la irreparabilidad del daño como consecuencia de la no adopción de las mismas. En el caso de la medida de protección de retiro del agresor del domicilio, el Pleno Jurisdiccional de Familia de 1999 considera que para el dictado de la misma deberá de acreditarse existencia de un grave cuadro de violencia física o psicológica en la familia, asimismo la acreditación suficiente del daño causado a la víctima con los exámenes físicos y/o psicológicos pertinentes.

Entre las diferencias tenemos la variabilidad y provisionalidad propias de las medidas de protección, situación que no se presenta en las medidas anticipadas, debido a que “(...) una vez dictadas las sentencias anticipatorias no podrán dejarse sin efecto hasta el fallo definitivo”<sup>171</sup>, asimismo una vez solicitada la misma de manera total o parcial, no procede su reemplazo por otra medida diferente de la solicitada<sup>172</sup>, es decir, si la medida anticipada es rechazada no podrá volver a solicitarse posteriormente, situación distinta se presenta en las medidas de protección, las cuales si son rechazadas en un primer momento no impide que posteriormente se puedan volver a solicitar siempre y cuando la circunstancia por la cual se rechazó cambie.

---

<sup>170</sup> Cfr. RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*, cit., pp. 171-172

<sup>171</sup> VILELA CARBAJAL, K. “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa al Consumidor”, cit., p. 272.

<sup>172</sup> Cfr. *Ibíd.*

Otra diferencia entre estas dos medidas es el carácter de excepcionalidad de la medida anticipada, la cual será dictada mediando una fuerte probabilidad del derecho invocado con la finalidad de evitar un daño irreparable o de difícil reparación, situación que no se presenta en todas las medidas de protección debido a que el dictado de las mismas se adecuan a las diferentes manifestaciones de violencia intrafamiliar, teniendo por tanto el Juez de Familia una gama indeterminada de medidas de protección para despacharlas sea de oficio o a petición de parte.

Asimismo, difiere con las medidas anticipadas en la exigencia de contracautela para su ejecución, es decir, mientras que para las medidas anticipadas la contracautela se dará en algunos casos, para la ejecución de las medidas de protección no será exigible la misma.

En conclusión, las medidas de protección al igual que las medidas anticipadas comparten algunas características y difieren en otras, siendo las diferencias entre una y otra lo que determina que las medidas de protección no tienen naturaleza de medida anticipada.

### **3.1.3. Semejanzas y diferencias con las medidas genéricas.**

Las medidas de protección al igual que las medidas genéricas pueden ser despachadas aun no estando previstas en el ordenamiento jurídico, es decir, pueden ser adoptadas por el juez según su discrecionalidad, la cual, no será arbitraria sino una discrecionalidad técnica que le concede el ordenamiento jurídico con la finalidad de adoptar la medida que mejor se ajuste a la pretensión planteada.

En el caso de las medidas genéricas podemos observar esta discrecionalidad técnica en el art. 629° de CPC, el cual le otorga al juez un poder cautelar general para dictar medidas cautelares no previstas en el ordenamiento jurídico, mientras que en las medidas cautelares dicha discrecionalidad técnica la podemos observar en el art. 22° de la ley N° 30364, donde se establece que pueden dictarse

cualquier otra medida de protección que garantice la integridad personal y la vida de las víctimas<sup>173</sup>.

Las diferencias se da en la naturaleza cautelar de las medidas genéricas, la cual tiene un carácter residual, es decir, son dictadas siempre que falten algún requisito para el otorgamiento de una medida cautelar regulada en el ordenamiento jurídico, mientras que las medidas de protección no tiene naturaleza cautelar ni tampoco tiene carácter residual, es decir, las medidas de protección atípicas son despachadas no cuando falten algún requisito para el otorgamiento de una medida de protección específica, sino que son despachadas en situaciones particulares donde las demás medidas de protección no puedan cumplir con la finalidad de garantizar la integridad física, psíquica y moral de las personas.

#### **3.1.4. Semejanzas y diferencias con las medidas autosatisfactivas.**

Las medidas de protección al igual que las medidas autosatisfactivas comparte el carácter de urgente, es decir, se darán en aquellas situaciones “coyunturales que reclaman una pronta respuesta y solución de parte del órgano jurisdiccional”<sup>174</sup> siendo la violencia familiar un conjunto de situaciones nocivas en las que el órgano jurisdiccional debe de brindar una pronta respuesta en aras de salvaguardar la integridad física, psicológica y moral de las personas miembros de una familia. Asimismo, estas dos medidas comparten la característica de ejecutabilidad inmediata luego de ser despachadas por el órgano jurisdiccional competente.

Entre las diferencias destaca el carácter autónomo de las medidas autosatisfactivas, la cual una vez despachada da una satisfacción definitiva a la situación puesta en conocimiento, asimismo al tener carácter de autónomo, las medidas autosatisfactivas no depende de otro proceso para mantener su

---

<sup>173</sup> Vid. Ley N° 30364 art° 22 inciso 6: “ Entre las medidas de protección que pueden dictarse en los procesos por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentran, entre otras, las siguientes: 6. Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares”

<sup>174</sup> PEYRANO, J. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas” en *Revista Ius et Veritas* N° 15, p.11.

vigencia, agotándose en sí mismas<sup>175</sup>, situación que no se presenta en las medidas de protección, las cuales dependerán su vigencia de la sentencia que ponga fin al proceso por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Otra diferencia entre estas dos medidas es el carácter provisional de las medidas de protección, mientras que en las medidas autosatisfactivas dicho carácter provisional no se daría debido a que una vez adoptada una medida autosatisfactiva no podrá ser sustituida por otra, esto por el carácter excepcional y extremo de esta medida que no permite su dictada de manera ordinaria sin antes analizarse con rigurosidad sus presupuestos<sup>176</sup>.

Por último, otra diferencia entre estas dos medidas es la exigencia de contracautela, que en caso de las medidas autosatisfactivas no se dará en todos los casos<sup>177</sup> mientras que en las medidas de protección no se exigirá contracautela para su ejecución.

### **3.2. Naturaleza jurídica de las medidas de protección.**

Las medidas de protección tal como lo hemos señalado son mecanismos procesales que tienden a salvaguardar la integridad física, psicológica, moral y sexual de las personas víctimas de violencia familiar. Ahora bien, cabría preguntarnos cuál es su naturaleza jurídica, debido a que de este modo podremos aplicar un determinado régimen jurídico específico a las mismas.

Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de protección consideramos que no poseen naturaleza cautelar, anticipada o autosatisfactiva por las diferencias antes anotadas, lo cual nos hace concluir que si bien tiene algunas características propias de estos

---

<sup>175</sup> Cfr. DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, *cit.*, p. 74.

<sup>176</sup> Cfr. DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, *cit.*, p. 75.

<sup>177</sup> “Solo se procederá cuando la medida se decrete “inaudita parte” y sin la suficiente certeza sobre la existencia del derecho invocado” DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, *cit.*, p. 75.

procesos urgentes no necesariamente deben de tener una naturaleza jurídica similar; por tanto, las medidas de protección “ (...) constituyen una forma *sui generis* de tutela de la persona víctima de las agresiones intrafamiliares, caracterizados por su inmediatez, y, a veces por el modo equivalente a la sentencia, en que se restablece la integridad afectada, patentizando de esta manera algunos rasgos propios de los procesos urgentes en sus distintas modalidades de protección jurisdiccional”<sup>178</sup>.

Asimismo, las medidas de protección “(...) no tiene que garantizar necesariamente el cumplimiento efectivo del fallo definitivo de un eventual proceso judicial, tampoco son resoluciones anticipadas de mérito, y no se agotan con su despacho favorable; sino, básicamente son decisiones que garantizan los derechos humanos individuales, de tal manera que se tenga una puerta abierta al bienestar personal (...)”<sup>179</sup> de las víctimas de violencia familiar.

Por tanto, consideramos que las medidas de protección toman algunos rasgos propios de los procesos urgentes sean estas medidas cautelares, medidas anticipadas o medidas autosatisfactivas, pero no necesariamente tiene su misma naturaleza jurídica, siendo más bien las mismas una forma general de tutela de las personas víctimas de violencia familiar, las cuales garantizan de manera individual los derechos humanos.

---

<sup>178</sup> RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*, cit., p. 130.

<sup>179</sup> *Ibíd.*, p. 134.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Las medidas de protección reguladas en la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” no tienen naturaleza jurídica cautelar, anticipada, genérica y autosatisfactiva, tan sólo posee algunas características propias de las mismas, siendo más bien una forma general de tutela de las personas, garantizando de este modo la integridad física, psicológica, moral y sexual de las personas víctimas de violencia familiar, es decir, salvaguardando los derechos humanos de manera individual.

**SEGUNDA.** Las medidas de protección son mecanismos procesales que forman parte del derecho humano a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo un deber del Estado garantizar las condiciones para que este derecho pueda ser ejercitado.



## BIBLIOGRAFIA

- ARAZI, R. *Medidas Cautelares*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 227 y BACRE, A. *Medidas Cautelares*, Editorial La Roca, Buenos Aires, 2005.
- BILESIO, J y GASPARINI, M. “Medida Innovativa: Un cuarto presupuesto, el “daño irreparable”” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003. p.331.
- CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. El Foro, Buenos Aires, 1997.
- CALAMANDREI, P. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Ara Editores, Lima, 2005.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. “Debido proceso y tutela jurisdiccional” en Gutiérrez, W. (Coord), *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 57.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, 2005, vol. 6, n° 11. p.7
- CASTILLO CÓRDOVA, L. “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho” en Sosa sacio, J.M. (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p.31.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los Derechos Constitucionales*, Palestra, Lima, 2005.

- COUTURE, E. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- DE LÁZZARI, E. “La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- DE LOS SANTOS, M. “Medida autosatisfactiva y medida cautelar” en *Medidas Cautelares*, GREIF, J. (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- DE LOS SANTOS, M. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N°3, 1999, p. 72.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Constitución y Derecho Procesal*, Aranzandi, Pamplona, 2009, p.161.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.
- GUERRA CERRÓN, M. “Discurso de la Tutela Urgente y una aproximación a la Tutela Inmediata (Medidas Autosatisfactivas)” en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 13, 2009, p.66, 72-73.
- HURTADO REYES, M. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009.
- MARTEL CHANG, R. *Tutela Cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, Palestra, Lima, 2003.
- MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia*, Editorial y Gráfica Ebra, Lima, 2006.
- MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al Proceso civil*. Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- MONROY GÁLVEZ, J. *Temas de Proceso Civil*. Studium, Lima, 1987.
- MONROY GÁLVEZ, J. *Teoría General del Proceso*. Palestra, Lima, 2007.

- MONROY PALACIOS, J. *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*. Comunidad, Lima, 2002.
- PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*, Grijley, Lima, 2010.
- PELÁEZ BARDALES, M. *El Proceso Cautelar*. Grijley, Lima, 2005.
- PELÁEZ BARDALES, M. *Medidas Cautelares en el Proceso Civil*. Grijley, Lima, 2008.
- PEYRANO, J. “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y Evolución” en *Medidas Autosatisfactivas*, PEYRANO, J. (Dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.
- PEYRANO, J. “La Medida Cautelar Innovativa: Una realidad, una esperanza” en *Medida Innovativa*, PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- PEYRANO, J. “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas” en *Revista Ius et Veritas* N° 15, p.11.
- PICÓ I JUNOY, J. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. José María Bosch, Barcelona, 1997.
- PRIORI POSADA, G. *La Tutela Cautelar*. Ara Editores, Lima, 2006.
- PRIORI POSADA, G. “La reciente reforma del proceso civil peruano ¿realmente tendremos procesos rápidos? [En línea] [Consulta 30.06.2015] Disponible en [www.ius360.com/publico/procesal/la-reciente-reforma-del-proceso-civil-peruano-realmente-tendremos-procesos-mas-rapidos/](http://www.ius360.com/publico/procesal/la-reciente-reforma-del-proceso-civil-peruano-realmente-tendremos-procesos-mas-rapidos/).
- RAMOS RÍOS, M. *Violencia Familiar, medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Idemsa, Lima, 2008.
- RENGEL ROMBERG, A. *Medidas cautelares innominadas* en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 9, 2006, p.493.

- REYES HURTADO, M. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Idemsa, Lima, 2009.
- RUZAFÁ, B. “Notas sobre medida innovativa y el daño irreparable” en *Medida Innovativa*,
- PEYRANO, J (Dir.) y BARACAT, E (Coord.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- SILVA MUÑOZ, C. *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Procesal Peruano*. Editorial GPZ E.I.R. L, Chiclayo, 2005.
- SILVA VALLEJO, J. *La Ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones Fecat, Lima, 1991.
- TICONA POSTIGO, V. *El Derecho al Debido Proceso*, Grijley, Lima, 2009.
- VILELA CARBAJAL, K. “La verosimilitud de la pretensión y el prejuzgamiento en las medidas cautelares y medidas anticipadas”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, N° 8, 2007, p.39.
- VILELA CARBAJAL, K. “Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”, en *Revista Actualidad Civil*, N° 5, 2014, p. 277.
- VON BÖLLOW, O. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Ara Editores, Lima, 2008.
- ZEGARRA MULANOVICH, A. *Descubrir el Derecho*. Palestra, Lima, 2009.

## **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Exp. N° 0004-2006-PI/TC, del 29/03/2006 f.j. 22.

Exp. N° 0010-2000-AI/ TC del 03/01/2003 f.j. 138.

Exp. N° 0023-2005-PI/TC del 27/10/2006 f.j. 52.c.

Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 18/03/2009 f.j. 14.

Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 18/03/2009 f.j. 14.

Exp. N° 0940-1998-HC/TC, del 14/01/1999 f.j.3.

Exp. N° 09727-2005-PHC/TC, del 06/10/2006 f.j.7.

Exp. N° 10034-2005-PA/TC, del 26/03/2007 f.j. 8.

Exp. N° 200-2002-AA/TC del 15/10/2002 f.j.3.

Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, del 28/02/2006 f.j. 9.

Exp. N° 02386-2008-PA/TC, del 27/10/2009 f.j. 11.

Exp. N° 02424-2004-AA/TC, del 18/02/2005 f.j.2.

Exp. N° 09727-2005-PHC/TC, del 06/10/2006 f.j.7.





# **ANEXOS**



**Anexo N°01.**  
**Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999**

***Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia***  
***1999***

***ACUERDOS DE LA SESION PLENARIA***

**ACUERDO N° 01**

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS**

**INTRODUCCION:**

- 1.- Que si bien la comunidad jurídica internacional exige el reconocimiento de la validez de una sentencia extranjera, los ordenamientos nacionales se reservan; un poder de control antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento.
- 2.- Que antes de declarar la homologación de una sentencia extranjera, el Poder Judicial es el llamado a revisar si la misma cumple o no con los requisitos que señala la ley del país ante el que se pretende el señalado reconocimiento.
- 3.- Que una sentencia extranjera sólo puede tener efectos extraterritoriales si es que ha obtenido el exequatur.
- 4.- Que el objeto primordial de la homologación de una sentencia extranjera, es reconocer que el conflicto resuelto por la misma tiene el carácter de cosa juzgada, como si hubiera sido dictada por un tribunal nacional.
- 5.- Que las partes deben atenerse a lo que ya ha sido decidido y no pueden volver a discutir la materia en jurisdicción de otro país: Res judicata por veritate habetur (aún más allá de las fronteras políticas). Este principio permite reconocer a la sentencia extranjera como cosa juzgada, aún sin haber pedido su exequatur.

Que de acuerdo al Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el Juez no puede ir más allá del petitorio resolviendo una pretensión no demandada siempre que dichas medidas coadyuven y no colisionen con las ya dictadas por el Juez Penal, al ser medidas complementarias o distintas, y que tiendan a lograr la seguridad y protección de la víctima.

**EL PLENO: POR UNANIMIDAD**

**ACUERDA:**

Que sin perjuicio que el Juez Penal haya adoptado en el proceso medidas cautelares de protección a la víctima, el Juez Civil puede disponer medidas complementarias o distintas.

IV.- ¿Cuáles son los criterios para que el Juez disponga excepcionalmente la medida cautelar de alejamiento del cónyuge agresor del hogar conyugal, en el caso de violencia familiar?

**EL PLENO: POR UNANIMIDAD**

**ACUERDA:**

Que en caso de violencia familiar, el Juez puede disponer -de manera excepcional- como medida cautelar el alejamiento del cónyuge agresor del hogar conyugal, considerando los siguientes criterios:

- a) la existencia de un grave cuadro de violencia física o psicológica en la familia (reiterancia, crueldad).
- b) la acreditación suficiente del daño causado a la víctima, con los exámenes físicos y/o psicológicos pertinentes.
- c) la protección inmediata de la víctima, buscando cautelar su integridad física y psicológica, mediante el cese de los actos de violencia en su contra.
- d) la protección de los hijos.
- e) la consideración que es la única opción para que el grave cuadro de violencia familiar pueda tener una solución futura, brindando -además- un espacio de reflexión a las partes sobre las causas que motivaron tal situación.

**Anexo N°02**  
**Pleno Jurisdiccional Regional de Familia de 2007**

PLENO JURISDICCIONAL REGIONAL DE FAMILIA  
Cortes Superiores de Callao, Cañete, Lima y Lima Norte  
Lima, 07 y 08 de setiembre de 2007

**1. Separación de hecho como causal de divorcio.**

**1.1. El cumplimiento de la obligación alimentaria como requisito de la causal, ¿se trata de un requisito de admisibilidad o procedencia de la demanda?**

Por UNANIMIDAD: El cumplimiento de la obligación alimentaria constituye un requisito de procedencia de la demanda de separación de hecho como causal de divorcio.

**1.2. La indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil: ¿Qué daños son los contemplados por la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil?**

Por MAYORÍA: El artículo 345-A del Código Civil, al consignar en términos generales la indemnización por daños, incorpora tanto el daño a la persona, en sus diversas modalidades, tales como el daño moral, daño al proyecto de vida, daño psicológico y daño a la integridad física, así como también los daños de carácter patrimonial.

**1.3. ¿La indemnización por daño moral regulada por el artículo 351 del Código Civil es excluyente o puede ser concurrente a la establecida por el artículo 345-A del Código Civil?**

Por UNANIMIDAD: La indemnización regulada por el artículo 351º del Código Civil es excluyente con relación a la establecida por el artículo 345-A del Código Civil, al encontrarse inscritas en dos sistemas de divorcio diferentes como son el divorcio sanción en el primer caso y el divorcio remedio en el segundo caso, reconociendo que se trata de una postura híbrida del legislador de la Ley N° 27495.

**1.4. ¿La indemnización prevista por el artículo 345-A debe ser dispuesta de oficio o a pedido de parte, vía reconvencción?**

Por MAYORÍA: Que la indemnización prevista por el artículo 345-A sea otorgada sólo a petición de parte, esto es, si es que se postula en la demanda, en la contestación o en la reconvencción y está acreditado el daño.

fundada en la prueba de ADN puede dejarlo sin efecto, tal es así que los artículos 1º y 4º de la misma ley señalan que el mandato se convierte en definitivo en caso de no haber oposición o de haber sido declarada ésta infundada.

- 3.2. El contenido de la resolución admisorio y su notificación al demandado: ¿Para satisfacer el requisito de emplazamiento válido, es necesario que se acredite documentalmente la dirección domiciliaria del demandado?

Por UNANIMIDAD: No es necesario que se acredite documentalmente la dirección domiciliaria del demandado, porque debe tenerse presente que la legislación no prevé tal exigencia, ya que ello implicaría una limitación a la tutela judicial efectiva; no obstante, el Juez durante la tramitación del proceso puede disponer las medidas conducentes a garantizar el emplazamiento, tales como: solicitar informe a RENIEC, Migraciones e INPE y realizar habilitaciones de día y hora para la notificación personal.

- 3.3. El costo de la prueba y el auxilio judicial: ¿Puede el Juez disponer que el demandado asuma el costo de la prueba de ADN, si la parte accionante obtiene auxilio judicial?

Se APROBÓ el acuerdo minoritario POR CINCO VOTOS<sup>1</sup>: Debe invertirse la carga de la prueba y que el costo de la prueba de ADN sea asumido por el demandado, ya que como lo demuestra la realidad social y la experiencia judicial, la gran mayoría de los casos encuentra solidez en los argumentos de los demandantes, en efecto, se trata de hijos que no han sido reconocidos, y por lo tanto corresponde asumir este costo.

#### 4. Violencia familiar.

- 4.1. ¿Puede el/la Juez/a que conoce de un proceso de Violencia Familiar dictar una medida de protección inmediata sin los formalismos establecidos en el Código Procesal Civil para la procedencia de las medidas cautelares?

Por MAYORÍA: El Juez que conoce un proceso de Violencia Familiar puede dictar una medida de protección inmediata sin los formalismos establecidos en el Código Procesal Civil para la procedencia de las

<sup>1</sup> En la votación se produjo el siguiente resultado: (1) A favor de que el Juez no puede disponer que el demandado asuma los gastos de la prueba genética del ADN: un voto; (2) A favor de que se debe invertir la carga de la prueba y de que el Juez puede disponer que el demandado pueda asumir los gastos de la prueba genética de ADN: cinco votos; (3) Abstenciones: seis votos.

medidas cautelares, ya que el propio Código Procesal Civil prevé en el artículo 677° el deber del Juez de adoptar las medidas necesarias para el cese de los actos lesivos de violencia física o psicológica como también autoriza el artículo 683° del mismo Código, a adoptar medidas cautelares de oficio en el proceso sobre interdicción civil y de ahí se infiere que este deber obliga al Juez a verificar únicamente el cumplimiento de los requisitos de fondo de la medida cautelar a que se refiere el artículo 611° del Código Procesal Civil, no siendo exigible a la parte que cumpla los requisitos del artículo 610° del mismo Código.

- 4.2. **¿Cree que la denominación que se da en la Ley N° 26260 como medida cautelar o medida de protección a la vez (artículos 11°, 21.a, 23°, 24°) resulta indistinta al momento de la adopción de la misma?**

Por MAYORÍA: Por rigor conceptual, ambos tipos de medidas (cautelar y de protección previstos en los artículos 11°, 21.a, 23°, 24° de la Ley N° 26260) debieran denominarse medidas cautelares ya que como hemos visto el artículo 677° del Código Procesal Civil comprende dentro de las medidas cautelares temporales sobre el fondo las llamadas medidas de protección, sin embargo la denominación indistinta que se adopte no crea diferencia alguna en cuanto a su posibilidad de adopción y ejecución.

- 4.3. **¿Cuál es la naturaleza jurídica de la medida cautelar en materia de Violencia Familiar? ¿Cuál es la diferencia con una medida cautelar en lo civil?**

Por MAYORÍA: Si bien la medida cautelar en Violencia Familiar tiene particularidades, las que están previstas en la propia Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, como son la utilización del mínimo de formalismos, la función tuitiva del juzgador frente a un hecho de violencia familiar, la protección de la integridad física y psicológica de la persona humana, comparten en rigor la misma naturaleza jurídica de las medidas cautelares civiles puesto que se persigue el aseguramiento de la resolución final que se dicta en el proceso, siendo provisional, instrumental y variable, conforme lo dispone el artículo 612° del Código Procesal Civil.

- 4.4. **¿Considera que las medidas cautelares contempladas en la Ley de Violencia Familiar, pueden quedar desprovistas de formalismos, estando a los alcances del artículo 3° inciso d) de la Ley N° 26260, que**

señala la necesidad de establecer los mecanismos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, mediante procedimientos caracterizados por el mínimo de formalismo? ¿Cabría inaplicar los artículos que se opongan al mencionado artículo en aras de la adecuada protección de las víctimas de violencia familiar?

Por UNANIMIDAD: El Juez para expedir una medida cautelar antes o durante un proceso de Violencia Familiar debe considerar: la fundamentación fáctica y prueba anexa que le permita evaluar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (requisitos generales de fondo, establecidos en el artículo 611° del Código Procesal Civil), para dictar la medida de protección o medida cautelar, pudiendo prescindir de aquellos requerimientos formales que, eventualmente, constituyan una barrera a la tutela urgente que ameritan esas medidas, de conformidad con lo señalado en el artículo 3° inciso d) de la Ley de Violencia Familiar, concordante con el artículo 23° del mismo cuerpo legal.

- 4.5. ¿Las medidas de protección contempladas en la Ley contra la Violencia Familiar, pueden ser aplicadas por el/la Juez/a que conoce de un hecho de Violencia Familiar en cualquier proceso? ¿Cree usted que es posible dictar una medida de protección en este caso, o provee al pedido que haga valer su derecho en la vía correspondiente? Si su respuesta es afirmativa, ¿Qué tipo de medida adoptaría? ¿Cuál sería su sustento legal?

Por MAYORÍA: Las medidas de protección contempladas en la Ley contra la Violencia Familiar no pueden ser aplicadas por el/la Juez/a que conoce de un hecho de violencia familiar en cualquier proceso, sino únicamente en un proceso de Violencia Familiar.

## 5. Restitución internacional de menores.

El Pleno acordó por UNANIMIDAD: Que no se procederá a la votación de las conclusiones, disponiéndose su lectura para efectos informativos<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Se plantearon los siguientes casos hipotéticos:

**CASO N° 01:**

El señor Armando es ciudadano peruano. Su cónyuge la señora Rosa es ciudadana mexicana. Sus hijos A y B tienen seis y siete años de edad respectivamente. La familia estableció su hogar en el Perú, donde nacieron los niños.

En el año 2002, los niños viajaron con la señora Rosa a México a visitar a su familia. El señor Armando otorgó el permiso notarial para un viaje de tres meses. Pasado el tiempo fijado, el padre viajó a México y después de una discusión marital, trasladó a los dos niños a Perú sin la autorización de la madre; al poco