

APROXIMACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION EN LA JUSTICIA FAMILIAR SEGÚN LA LEY 30364

SUSANA MENDOZA CABALLERO*

MENDOZA CABALLERO, Susna: *Aproximaciones sobre la naturaleza de las medidas de protección en la justicia familiar según la Ley 30364*. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XIII N° 76. Diciembre 2017, pps. del 123 al 132.

Print ISSN: 2308- 5401
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495) www.
latindex.org.unam.mx

RESUMEN:

Los matices disímiles de la problemática familiar en el caso de las llamadas medidas de protección en el ámbito familiar dictadas al amparo de la ley 30364 –Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar- imponen el uso de una tutela procesal familiar diferenciadas que nos remite a postular su diferenciación, identificándolas, de naturaleza urgente y dentro de ello, de naturaleza singular, con un diseño específico del camino o decurso procesal a aplicarse para su expedición, dentro de un contexto de debido proceso y acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que permita contribuir a la unificación de decisiones jurisdiccionales.

SUMMARY

The dissimilar nuances of the family problem in the case of the so-called family protection measures issued under the protection of Law 30364 -Law to prevent, punish and eradicate Violence against women and members of the family group- impose the use of a different family procedural tutelage that sends us to postulate their differentiation, identifying them, of an urgent nature and within it, of a singular nature, with a specific design of the path or procedural course to be applied for its expedition, within a context of due process and access to effective jurisdictional protection, that allows unification of jurisdictional decisions.

Palabras Clave:

Tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, proceso urgente, medidas de protección, medida autosatisfactiva singular, medida cautelar.

Keyword:

Effective jurisdictional protection, due process, urgent process, protective measures, unique self-satisfying, precautionary measure.

Fecha de recepción de originales: 04 de Diciembre de 2017

Fecha de aceptación de originales: 26 de Diciembre de 2017

1.- INTRODUCCION Y OBJETIVO:

La vigencia de la ley 30364 –Ley para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar- ha puesto sobre el tapete una multiplicidad de temas de estudio en el ámbito jurídico procesal familiar, uno de ellos: a) la naturaleza, marco y alcances de las llamadas medidas de protección

que podrían dictarse y b) específicamente sobre el camino o decurso procesal a aplicarse para su expedición, dentro de un contexto de debido proceso y acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Nuestro objetivo es, frente a la fuerte diversidad de criterios jurisdiccionales, dar respuesta a ello.

* Juez Especializado de Familia de Lima, Magister en Derecho Civil y Comercial por ante la Universidad Particular San Martín de Porres, Doctora en Derecho por ante la Universidad Nacional Federico Villareal. Expositora en diversos eventos académicos vinculados al Derecho de Familia. Profesora Universitaria en la Maestría de Derecho de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón; Habiendo desempeñado Docencia en pre grado en la Universidad Particular Norbert Wiener y en Post – Grado en la Universidad Particular San Martín de Porres en la Maestría de Derecho de Familia. Perú.

2.- CRITERIO PARA IDENTIFICAR EL ESCENARIO A ANALIZARSE

Partiremos que todo operador jurídico tiene pleno y claro conocimiento de la normativa sustancial de orden nacional e internacional que es aplicable a la violencia familiar y que entre otros, son la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Belen do para, ley 30364, su reglamento, 100 reglas de Brasilia. Pero entendemos que responder a cuál es la naturaleza, marco y alcances de una medida de protección familiar frente a la violencia familiar, no solo es hablar norma sustancial referida a las disposiciones que contemplan y reconocen derechos subjetivos, tanto, en el nivel legal y constitucional como son entre otros el Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes, Convenciones internacionales, etc., porque tenemos clara su existencia como sus fines que son la defensa de los derechos humanos y el compromiso permanente del Estado Peruano de prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado. Por ello, si partimos de un enfoque netamente sustancial, podremos encontrar un sin número de invocaciones de dichas normas y su articulado que con mayor o menor medida podrán servir de sustento a una postura u otra, pero, estimamos, no nos permitiría necesariamente llegar una respuesta certera del tema. El plano sustancial es muy rico en el bagaje de defensa de derechos pero debe auxiliarse de remedios procesales idóneos que permitan materializar la defensa de dichos derechos y para ello deberemos remitirnos al plano del derecho procesal contestando **previamente 03 interrogantes** desde un enfoque de derecho de familia:

a) Cuál es la naturaleza de la pretensión que afrontamos en violencia familiar según la ley 30364?,

b) Cuál es la naturaleza de las medidas de protección en el ámbito de la violencia familiar? y

c) Cual es el camino o decurso procesal a aplicarse para su expedición, dentro de un contexto de debido proceso y acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

De este modo, del conjunto de respuestas a estas interrogantes podremos arribar a una conclusión que será nuestra respuesta final.

3.- TUTELA JUDICIAL EFECTIVA y NATURALEZA DE LA PETICION QUE SE AFRONTA EN VIOLENCIA FAMILIAR SEGÚN LA LEY 30364.-

Entendemos por tutela judicial efectiva “*el derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud al cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no acompañarle a su petitorio*”² que permite “*asegurar la participación o acceso al justiciable a los diversos mecanismos procesales que habilita el ordenamiento para cada tipo de pretensión*”³, garantizando además que tras el resultado obtenido se ejecute lo resuelto; pero “*no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite toda petición ni que admitida a trámite tenga que necesariamente operar su fundabilidad*”.⁴

Dentro de la tutela procesal, según la doctrina, albergamos diversidad de modalidades, como la tutela ordinaria, que es aquella que tiene por finalidad obtener una sentencia o pronunciamiento de certeza, para su posterior ejecución, tratándose de procesos latos, de amplios plazos previstos legalmente, orientados hacia una amplia cobertura probatoria, privilegiando la seguridad jurídica, por ejemplo: una demanda que contiene una pretensión de Nulidad de Acto Jurídico, Divorcio por causal, etc. En el lado opuesto tenemos a la **Tutela Procesal Diferenciada que surge producto de nuevas necesidades** de la vida diaria, en la que se ubican conflictos de disímil complejidad y cuyo requerimiento de atención inmediata es también es variable⁵, ubicándose, **dentro de esta tutela diferenciada, en su interior sub modalidades, como la tutela de urgencia y la tutela preventiva. Entendemos por tutela urgente aquellas peticiones que por su necesidad apremiante, por su premura y trascendencia** necesitan de una solución inmediata que neutralice o elimine la frustración que puede producir el peligro en

2 STC 763-2005 AA Lima. Caso Inversiones la Carreta.

3 STC 763-2005 AA Lima. Caso Inversiones la Carreta.

4 STC 763-2005 AA Lima. Caso Inversiones la Carreta.

5 HURTADO Reyes, Martín. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. 2006, pp.115-126.

6 MONROY Palacios Juan José. “Del mito del proceso ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes iniciales”. En La Tutela Procesal de los Derechos. Palestra Editores Lima - Perú, 2004. pp 59-64.

la demora en razón de la duración del proceso, para la cual no es requerida un agotamiento de una cognición total, ni de amplios plazos sino en plazos más cortos, céleres, procurando con un menor número de actos procesales. Se encuentra constituida por las medidas cautelares y medidas autosatisfactivas⁶. **En cuanto a la tutela preventiva** es aquella que busca adelantarse a la existencia del conflicto de intereses buscando eliminar incertidumbres jurídicas o destinadas a una prestación jurídica, a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o no hacer,⁷ no encontrándose expresamente regulada en nuestro medio y trae consigo, según la doctrina, un nuevo escenario de presupuestos probatorios donde no se requiere culpa, ni daño, sino amenaza o probabilidad de la comisión de un ilícito, de un acto contrario a derecho.

De cara a la clasificación descrita precedentemente, señalaremos que atendiendo a la premura e inmediatez de atención que requieren las peticiones de medidas de protección vinculadas a la problemática de lucha contra la violencia familiar, violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, cuya finalidad, es la defensa de la integridad personal de la presunta víctima, ya sea frente al daño ya producido o la inminencia de daño por producirse, ello nos remite necesariamente al prisma de la tutela procesal diferenciada, específicamente a los ámbitos de la justicia remedio y justicia preventiva pero además a la necesidad de la aplicación de una tutela judicial diferenciada que no se agota con una visión de proceso de cognición sino de proceso urgente.

Al respecto señalaremos que el usuario de violencia familiar acude al Poder Judicial para la vigencia y respeto de sus derechos fundamentales, en relación a los cuales debemos tener presente su doble dimensión: subjetiva –protección de la víctima; y objetiva -de respeto del orden constitucional,⁸ mediante el dictado de medidas de protección en su favor de cese de dicho daño o del cese del riesgo de daño pero pide se actúe con rapidez en su expedición, que no es lo mismo que una imposición hacia una obligatoria fundabilidad inmediata. Se trata de un pronunciamiento que deberá apoyarse en una debida labor valorativa

de los hechos denunciados y del contraste de medios probatorios apoyada en norma procesal, norma sustancial, Tercer Pleno Casatorio, Acuerdos Plenarios y demás disposiciones legales, constitucionales y de control de convencionalidad que así requiera el caso en concreto. Por ende corresponde al operador jurídico ponderar debidamente los medios probatorios aportados a los autos, sin perder de vista, ni el pedido de celeridad con el que generalmente son efectuadas las denuncias, como tampoco que ello no puede servir de justificación para la dación de medidas de protección desprovistas de análisis ni motivación. Corresponderá, por tanto al juez concurrir a resolver el caso con sus conocimientos, sana crítica, prudencia pero también la premura que el caso impone.

Por ende, **respondiendo nuestra primera pregunta, postulamos que nos encontramos en el escenario procesal de las pretensiones urgentes, aquellas que precisamente por la emergencia, inminencia que conllevan, no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria** y frente a lo cual corresponde establecer la naturaleza de los mecanismos y/o remedios procesales específicos aplicables dentro de la tutela procesal diferenciada contemporánea, que auxiliándolo le permitan brindar el tratamiento adecuado del fenómeno de la violencia familiar en cada caso en concreto. Esto nos remite empaparnos del ámbito de la tutela de urgencia y dentro del contexto de procesos urgentes como son las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas, por lo que corresponde establecer a cual pertenecen las medidas de protección.

4.- NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Cuando aludimos a “naturaleza”, debemos señalar que según el Diccionario de la Real Academia Española nos referimos a la cualidad, propiedad, especie, clase. En otras palabras nos referimos a la esencia identificadora. Dicho ello, veremos que las **medidas de protección en la justicia familiar no son nuevas**, por cuanto, ya han tenido su antecedente en la ley 26260 y sobre su naturaleza han sido consideradas en sede fiscal

7 MONROY Galvez, Juan y Monroy Palacios Juan José (2003) Del mito del proceso ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes iniciales. Pp 180-186. En <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/tutela.pdf>. Tomado el 25 noviembre de 2017.

8 STC 3660-2010 HC/TC – fundamento 11 y 12 “...este Colegiado, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva [esto es, no valen sólo como derechos subjetivos], sino también una dimensión objetiva, puesto que constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta el ordenamiento constitucional (cf. STC N.os 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, 0858-2003-AA/TC, 4080-2004-AA, entre otras)...”

anteriormente como una forma sui generis de tutela urgente diferenciada utilizada de forma preliminar para garantizar el pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de las presuntas víctimas⁹. Nosotros, acorde con ello, sostenemos que cuentan con una tonalidad particular, en tanto, la justicia familiar como especialidad tiene sus propios matices sustanciales y procesales diferenciadores que en forma acertada han sido identificados con una visión humanista, protectora de derechos humanos, de protección especial de niños, niñas y adolescentes, de personas en circunstancias de vulnerabilidad. Ello además ha sido corroborado con la ley 30364 cuando aplica en su contenido, principios como: a) de igualdad, b) no discriminación, c) interés superior del niño, d) debida diligencia, e) intervención inmediata, oportuna, f) sencillez, oralidad, y g) razonabilidad y proporcionalidad, los que deben aplicarse además con enfoques como: 1) de género, 2) integralidad, 3) interculturalidad, 4) derechos humanos, 5) intersectorialidad, y 6) generacional; sin perjuicio de lo establecido por el Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema que contempla como precedente vinculando la aplicación de flexibilización de formas, la función tuitiva del Juez, los petitorios implícitos, entre otros, que son muestra de los factores disímiles del ámbito familiar que lo distinguen del ámbito patrimonial y que como tales no pueden desconocerse al ser necesario que participen del presupuesto y fundamento de toda medidas de protección familiar.

Estas medidas de protección familiar dictadas dentro de un proceso de violencia familiar contienen una pretensión medular o esencial que es brindar de forma inmediata amparo, defensa, auxilio, resguardo a la integridad de los derechos fundamentales de las potenciales víctimas de violencia frente a la existencia de daños que se busca cesar o prevenir, ello acorde con la praxis judicial actual y lo dispuesto por la ley 30364. Ello es concordante con la diferenciación realizada en doctrina por Martel Chang cuando señala que las medidas autosatisfactivas están dirigidas a proteger la pretensión contenida en la demanda¹⁰, lo que para el caso de la violencia familiar, es el cese inmediato del daño por violencia o el cese del riesgo de daño por violencia y estimamos que acorde con lo descrito en los numerales

precedentes del presente trabajo, allí participan las medidas de protección con la calidad de tutela urgente satisfactiva. Es más, precisamente de lo antes descrito, estimamos salta inmediatamente su diferencia con una medida cautelar, la que, en nuestro medio, conforme al artículo 608 del Código Procesal Civil solo está destinada a garantizar la decisión definitiva, que no necesariamente es lo mismo que la pretensión misma.

Por otro lado, como sostiene la doctrina, atendiendo a que las medidas autosatisfactivas carecen de instrumentalidad¹¹, por ende, no buscan asegurar ni la decisión definitiva, ni tampoco buscan asegurar la sanción y menos la expedición de la decisión final, como si es propósito de las medidas cautelares y virtud a lo cual consideramos que es pertinente la cita disímil de ambas figuras procesales dentro de la ley 30364.

Es más, nosotros agregaríamos que dentro del contexto mixto del "proceso de tutela" contemplado en la ley, la decisión final no será de competencia del Juez Especializado familiar (quien solo brinda protección familiar preliminar), sino de competencia de otra autoridad con competencia distinta como es la penal, a la que, en definitiva, no se vincula necesariamente la inicial dación de la medida de protección familiar, porque los ámbitos siendo complementarios, son distintos. Cada autoridad estatal es autónoma en el ámbito de sus competencias: la Justicia familiar y la Justicia penal. La actuación del Juez Especializado de Familia, no tiene por finalidad asegurar ninguna decisión final, sino calificar la fundabilidad o no de la dación de una medida de protección desde una perspectiva tutelar familiar para el cese o prevención del daño por violencia, lo que podrá ser o no delito pero igualmente pueda requerir protección. En efecto, la afectación o posibilidad de afectación por imputación de una presunta violencia debidamente configurada mediante indicios, requiere un límite, un stop, sin perjuicio de que el proceso continúe su ruta hacia sede penal. Mucho se ha hablado de que las dos vías tutelar y penal se tropiezan una con otra y por ello esta ley las coloco en un inter procesal mixto que no soluciona el tema porque aunque los prismas son complementarios igualmente son antagónicos por lo que estimamos respetuosamente no debió

9 MINISTERIO PUBLICO, Medidas de Protección en el Sistema Peruano de Violencia Familiar., ppt 09, En www.interiuris.org/.../MEDIDAS%20DE%20PROTECCION_EN_EL_SISTEMA_PER... Tomado el 28 de mayo de 2017. Lima Perú.

10 MARTEL CHANG, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra Editores, Lima Perú, 2003, pp156-157.

11 HURTADO Reyes, Martin. Tutela Jurisdiccional Diferenciada. Palestra Editores S.A.C. Lima - Perú. 2006, pp.309-310.

supeditarse los efectos de uno hacia el otro como lo establece el artículo 23 de la ley 30364.

Debemos trabajar porque el usuario no quede traicionado en medio de ese aparente conflicto de enfoques, por lo que, cada operador jurídico, en el ámbito de su competencia debe responder con la suficiente rapidez y también prudencia. Si bien el proceso penal puede no formalizarse, nada quita que la medida de protección puede haber logrado un efecto de prevención del daño, disuasivo a futuro, como que también puedan coincidir ambos enfoques o que amerite ser dejada sin efecto. Lo que sostenemos es que no puede estandarizarse una sola postura como solución porque los casos humanos son diversos y complejos. Por ello un referente diferenciador de la medida de protección familiar que se advierte en la praxis es que pese a no exista delito ni daño, si pueda pueden existir o persistir dinámicas de riesgo o agravio continuo, lo que viene permitiendo, se sostenga por cierto sector de la judicatura que debiera permanecer vigente las medidas de protección aun sin el inicio de un proceso penal porque podrá no haber delito pero si la necesidad de protección ciudadana frente a quien no respete los derechos fundamentales en la relación horizontal individuo – individuo. Pero eso es parte de nuevas propuestas legislativas y un escenario de la creación del derecho que no es factible agotar en este trabajo.

Por ello, **contestando la segunda pregunta, al amparo de lo descrito, nos atrevemos a postular que, desde un enfoque tutelar, único de competencia de la judicatura familiar, la medida de protección de un proceso de violencia familiar es una medida urgente asimilable a una “medida autosatisfactiva singular” en razón de los matices particulares que conlleva.** Lo siguiente es analizar y resolver si es necesario albergarla en un cauce procesal mínimo, con caracteres y matices familiares propios.

5.- DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION FAMILIAR COMO MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS SINGULARES.

Parte del cuestionamiento de identificar a las medidas de protección como medidas autosatisfactivas es señalar que las primeras no se agotan en su dación y que es incongruente siquiera la posibilidades de seguimiento o permanencia indefinida en el tiempo en el caso

de una medida autosatisfactiva. En doctrina encontramos opiniones de autores nacionales como Martel Chang, quien además de mencionar el concepto descrito por Jorge Peyrano, principal difusor de estas medidas, precisa son “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”¹², igualmente Peyrano explica existen varias denominaciones existentes al respecto, citando a Morello cuando utilizo el nombre de “proceso preliminar preventivo”.

Es cierto, no podemos desconocer que podría haber quienes cuestionen se identifique como medidas autosatisfactivas a las medidas de protección derivadas de un proceso de violencia familiar, en tanto, no se comporta de forma tan fulminantemente como acontece en el ámbito patrimonial, sino que, en muchos casos, se genera otro efecto particular que es que se requieren un seguimiento procesal que opera frente al daño o riesgo de daño, al tratarse actos de índole continuada. Sin embargo rebatiríamos ello, señalando que la **vocación de protección inmediata, oportuna y efectiva de la integridad personal que es la pretensión misma que conlleva una denuncia de violencia familiar** y que sustenta la expedición de una medida de protección de cese de daño o cese de riesgo frente al daño, no se enerva ni se desvirtúa en su calidad satisfactiva, por la existencia de un mandato de **seguimiento del cumplimiento de la medida de protección mencionada, al ser ello de alcance procesal, lo que, no desvirtúa la acotada vocación de protección del derecho sustancial que es la pretensión misma que orienta y sustenta la expedición de la medida de protección, esto es, la defensa de la persona humana.** Debemos distinguir la pretensión misma, entendida el llamamiento para la defensa de la persona humana, de la medida de protección que es la herramienta que sirve a dicha pretensión. Su vigencia temporal tampoco la desdibuja en su satisfacción a producirse, ni en la labor de fiscalización en sus efectos porque los derechos humanos no son estáticos sino dinámicos, no abarcan a un solo sujeto procesal sino a más de uno y pueden contener una problemática de daño o riesgo de daño continuada, no por acción de la víctima sino incluso del presunto agresor respecto de quien es factible que sea necesario también un seguimiento del cumplimiento de la medida adoptada.

12 MARTEL CHANG, Rolando (2003). Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil, Palestra editores, pp 97

Es mas, salta a nuestra reflexión la preguntar ¿si lo satisfactivo pese a ser caracterizado como una solución definitiva también admite un matiz preventivo, de probable seguimiento? Y allí tenemos a Matilde Zavala de Gonzales citada por Martín Hurtado Reyes¹³ quien señala que las medidas autosatisfactivas son también vías para hacer valer la tutela preventiva, y se acota que la utilidad de la medida autosatisfactiva se da en su uso en dos facetas: a) medida autosatisfactiva *quiatimet* (preventiva) que son concedidas antes de la concurrencia del daño inminente con el objetivo de que el daño acaezca y b) medidas autosatisfactivas con daño existente (correctivas) que son expedidas en presencia de un daño contemporáneo, con el objetivo de hacerlo cesar.

Confrontando lo antes descrito de cara a la praxis judicial familiar en violencia familiar, advertiremos que en algunos casos las personas que acuden a los estrados judiciales en calidad de víctima refieren maltratos ya producidos y en otros casos riesgo de que estos se produzcan.

Por ende, independientemente del trabajo jurídico diferenciado que impone aplicarse la justicia remedio y en otros justicia preventiva, cada una con presupuestos jurídicos distintos, por lo antes descrito, **concluimos que las medidas de protección familiar en el ámbito familiar, son medidas autosatisfactivas singulares debido a los matices propios del ámbito familiar y que dentro de dicho contexto, en algunos casos serán de prevención de daño y otras de cese de daño**; De igual modo no resulta contrario a su naturaleza la existencia de seguimiento en algunas de las mismas por tratarse de un seguimiento de naturaleza procesal y no desvirtúa la vocación de protección, inmediata, oportuna y eficaz del derecho sustancial que orienta y sustenta la expedición de la medida de protección, que es la defensa de la persona humana.

6.- SOBRE EL DECURSO PROCESAL A APLICARSE PARA LA EXPEDICIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCION FAMILIAR DENTRO DE UN CONTEXTO DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO.

Para este análisis, es pertinente recordar que **el Tribunal Constitucional, ha señalado, la tutela**

judicial efectiva es el marco objetivo y el debido proceso, es la expresión subjetiva y específica del proceso,¹⁴ que ambos están previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú, donde la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción y por su parte el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

En concordancia con ello, concluimos que no se trata de conceptos idénticos, sino disímiles, pero no por ello desvinculados sino por el contrario correlacionados, uno se desenvuelve conjuntamente con el otro, por ende, no podremos sostener una tutela jurisdiccional efectiva ajena al debido proceso, por el contrario, siempre deben concurrir en conjunto como garantía al usuario del sistema de Justicia.

Hecho este deslinde, ahora no corresponde ingresar a la tercer interrogante con lo que acabaremos dando nuestra respuesta final.

¿Cuál es el decurso procesal que debe aplicarse para la expedición de medidas de protección familiar dentro de un contexto de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso?

Precisamente este tema es el que viene generando continuos cuestionamientos de los operadores los operadores jurídicos, en diferentes sentidos, siendo los principales dos posturas, salvo algunas variantes: a) quienes desde un enfoque de justicia remedio, buscan se configure la prueba palpable del daño para así brindar medidas de protección y para lo cual mencionan debe existir un diseño propio de tutela ordinaria con plazos más largos y toda la formalidad de una audiencia oral previa para poder brindar, lo que estimamos no es lo recomendable; y b) quienes señalan que no debe haber audiencia oral sino la calificación directa propia de una medida autosatisfactiva, lo que estimamos debería ir de la mano con la factibilidad de poderse citar audiencia solo en casos que el Juez lo estime deba agotar actuación

13 HURTADO REYES, Martín (2006) . Tutela Jurisdiccional Diferenciada, Lima, Perú, Palestra Editores, pp 165-166

14 STC 8123-2005-HC Lima. Caso Nelson Jacob Gurban – fundamento 6.

de medios probatorios que le generen certeza del daño o de la posibilidad de daño, cuidando no revictimizar ni extender el proceso hacia plazos que desvirtúan la razón de ser de la ley.

Al respecto diremos que estimamos que los extremos no son buenos, que hay casos que requieren un esclarecimiento previo por el poco o nulo bagaje probatorio que conllevan, sin embargo, es preciso que se distinga que los presupuestos para la tutela preventiva no son los mismos que para la tutela remedio y allí está el principal factor que corresponde fortalecerse en la judicatura.

De este modo, considerando a las medidas de protección como medidas autosatisfactivas familiares singulares, aun cuando no están legisladas expresamente en dicho sentido, existe sustento jurídico que permite su incorporación como tales en nuestro ordenamiento, en mérito a la previsión constitucional de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que corrobora su legitimidad como la necesidad de su existencia, su utilización y regulación que evite confusiones sobre su naturaleza procesal, en tanto, el Tribunal Constitucional, ha expresado que con la tutela judicial efectiva se viabiliza que persona o sujeto justiciable pueda acceder a los órganos jurisdiccionales independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no acompañarle a su petitorio, asegurando la participación o acceso al justiciable a los diversos mecanismos del proceso, lo que no significa la obligación del órgano jurisdiccional de admitir a trámite como tampoco que admitida a trámite opere necesariamente su fundabilidad. Por su parte desde un enfoque del debido proceso, como uno de los principios y deberes de la función jurisdiccional y su connotación constitucional, éste tampoco desvirtúa la existencia, ni utilización, ni trámite ni resolución de las medidas de protección como medidas autosatisfactivas familiares singulares. Por ende, la exigencia de plazos más largos y toda la formalidad de audiencia oral previa no puede ser motivo para invocar la presunta afectación de acceso a la tutela jurisdiccional y debido proceso, al encontrarnos frente a pretensiones urgentes.

En efecto, el argumento de una necesaria **audiencia oral previa** y plazos más largos como elemento necesario que permita conocer si se está ante un escenario de conflicto o violencia

o de fundabilidad o no del pedido de la medida de protección, no siempre resultará atendible, en tanto, ello **deberemos analizarlo en su real contexto factico como jurídico y de cara a la singular problemática que se enfrenta, por cuanto, sabemos con claridad que una diligencia de audiencia oral es sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, que como actuación es complementaria y permitirá interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes, de ser el caso,** siempre que el prudente arbitrio del Juez así lo estime conveniente, **pero no necesariamente, es aplicable a todos los casos, sino en aquellos estrictamente complejos donde el a-quo albergue alguna duda** sobre la necesidad del otorgamiento de las medidas de protección y se encuentren involucrados Niños, Niñas y Adolescentes, adultos mayores y otros datos de complejidad frente a los cuales el magistrado no se haya podido auxiliar previamente de otros elementos probatorios periféricos facticos y/o jurídicos como Convenciones Internacionales, Acuerdos Plenarios como el 01-2011/CJ-116 que establece el consentimiento del acto sexual no puede inferirse de la falta de resistencia de la víctima ni de su silencio, cuando estas se dan en un entorno coercitivo; el 02-2005/CJ 116 que reconoce como prueba la sola declaración de la víctima en los delitos contra la libertad sexual, siempre que sea creíble y persistente, el 01-2015/CJ 116 que establece lineamientos para la aplicación de la ley en casos de agresión sexual cuando el procesado por su grado de cultura y valores originarios (nativo, indígena o campesino) no comprende la ilegalidad de su conducta; el 04-2015/CJ 116 que establece reglas para valorar la prueba pericial en delitos sexuales precisando que el Juez no está obligado a aceptar el dictamen pericial pero debe fundamentar su aceptación o rechazo, además del Tercer Pleno Casatorio; Todos los cuales sean elementos probatorios en su conjunto que con la sana crítica, proporcionalidad y razonabilidad, permitan resolver al Juez.

Sobre la interrogante de la ausencia de bilateralidad en la dación de la medida autosatisfactiva sin audiencia previa y si ello debe considerarse inconstitucional, tendríamos que señalar en concordancia con Abraham Luis Vargas¹⁵ que la doctrina sostiene no se configura inconstitucionalidad alguna. Y es que el autor mencionado cita a Peyrano cuando en su

15 VARGAS, Luis Abraham. Teoría General de los procesos urgentes. En Medidas autosatisfactivas. Argentina. RubinzalCulzoni, 2002, pp132-133

clásica obra de proceso civil, precisa que debe recordarse que la noción de igualdad ínsita en el principio de estudio (principio de contradicción) no se refiere a una de índole aritmético, que es perfectamente posible que la trama del proceso incluya algunas desigualdades motivadas por necesidades técnicas. Un ejemplo de ello lo tenemos en la ley 28457 y sus modificatorias – ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Igualmente Abraham Luis Vargas cita también a Clemente Díaz quien expresa que podría acontecer que por razones de índole práctica se imponga “desplazar” transitoriamente la oportunidad del ejercicio del contradictorio, pero el principio en sí, no se desplaza ni neutraliza.

Por ello, contestando la tercera pregunta, **al amparo de lo descrito, nos atrevemos a postular que, entendida la medida de protección de un proceso de violencia familiar como una medida urgente asimilable a una “medida autosatisfactiva singular” en razón de los matices particulares que conlleva, la realización de audiencia oral, tal como lo sostiene el Reglamento de la ley 30364, siendo importante, no necesariamente, es aplicable a todos los casos.** Por ende, debería ser **albergada con un cauce procesal mínimo, con caracteres y presupuestos con matices familiares, donde la audiencia oral se programe por el a-quo cuando albergue alguna duda sobre la necesidad del otorgamiento de las medidas de protección y/o se encuentren involucrados Niños, Niñas y Adolescentes, adultos mayores y otros datos de complejidad. Para ello es importante la sana crítica y el análisis caso por caso.** Es que, no podremos pretender darle el trámite similar a un proceso de cognición, a todos los casos por igual, dado que, la pretensión urgente no lo soporta, como tampoco es atendible negar la regulación procesal diferenciada de las medidas de protección en violencia familiar. Esto permitirá quitar ese falso espejismo que solo lo importante está en la justicia remedio y su vinculación con el daño, sino advertir que, por el contrario, la tutela de urgencia con su fase remedio como preventiva y su vinculación con el cese de riesgo, es el espacio que debidamente regulado podría brindar mayor legitimidad a un Juez de Familia que se adelanta al conflicto, que se adelanta al daño para prevenirlo.

Finalmente, por lo glosado, debemos recalcar que la aplicación de la ley 30364, en el ámbito familiar ha abierto de nuevas posibilidades de desarrollo jurídico a nuestro país, respecto de mejoras en el tratamiento de las medidas de protección en violencia familiar, empezando por la necesidad de establecer su naturaleza urgente y diferenciado, como de un enfoque flexible para su decurso procesal, acorde con un modelo adecuado que no solo se nutra de lo teórico sino de lo las experiencias propias de la praxis judicial. Hay mucho por avanzar con nuevas posturas que bien podría dar lugar a nuevos plenos jurisdiccionales.

No olvidemos que como dice Calamandrei:

“...nadie está en mejor condición que nosotros, que somos los mecánicos de estos aparatos instituidos para traducir la justicia en la realidad cotidiana, para comprender que cuando estos aparatos se traban, la Justicia viene a ser como una befa siniestra y una traición para quien sufre y espera...”¹⁶

Por ello, afectuosamente estimado lector, lo medular es perfeccionar lo avanzado, lo expuesto es sólo la punta del iceberg de lo que aún tenemos por desarrollar y ese debe ser nuestro compromiso permanente de mejora para el Sistema de Administración de Justicia Peruano.

7.- CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

PRIMERO: Las medidas de protección en violencia familiar, violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, tiene por finalidad la defensa de la integridad personal de la presunta víctima. Están dirigidas a proteger la pretensión misma, esto es, el cese inmediato del daño por violencia o el cese del riesgo de daño por violencia, lo que nos remite al prisma de la tutela procesal diferenciada, específicamente a los ámbitos de la justicia remedio y justicia preventiva que no se agota con una tutela de proceso de cognición sino de proceso urgente.

SEGUNDO: Las medidas de protección familiar en el ámbito familiar, debido a los matices propios de esta especialidad, permiten identificarla, dentro del proceso urgente, con una

16 CALAMANDREI, Piero. Proceso y Justicia. Instituto Pacífico, Actualidad Civil, 2014-pp 09. Texto que recoge el discurso del autor en la sesión inaugural del Congreso Internacional de Derecho Procesal civil celebrado del 30 de setiembre al 03 de octubre de 1950 organizado por la Asociación Italiana de estudiosos del proceso civil. Tomado el 28 de noviembre de 2017 en <https://es.slideshare.net/NewtonPomaPalomino/proceso-y-justicia>.

naturaleza de medida autosatisfactiva singular que en algunos casos serán de prevención de daño y otras de cese de daño. Su diferencia con una medida cautelar, se sustenta en nuestro medio, en que esta última solo está destinada a garantizar la decisión definitiva, mientras las medidas de protección protegen la pretensión misma. Se justifica la cita disímil de ambas figuras procesales dentro de la ley 30364, como que diseñe legislativamente los matices diferenciadores dentro de un cauce procesal mínimo aplicable.

TERCERO: Al tratarse de peticiones urgentes, la decisión debe analizarse en el contexto factico y jurídico de cada caso en concreto y de cara a la singular problemática que corresponde resolver. Para el efecto corresponde considerarse elementos probatorios periféricos facticos y/o jurídicos en su conjunto, contrastados con Convenciones Internacionales, Acuerdos Plenarios, Tercer Pleno Casatorio, además del prudente arbitrio del Juez, otros datos que, cual herramientas idóneas que permitan al Juez un análisis conjunto, auxiliado además de sana crítica, proporcionalidad y razonabilidad. En esa perspectiva la citación a audiencia oral constituye una herramienta procesal importante, aplicable según cada caso en concreto,

en razón de la complejidad de la imputación y/o duda sobre la necesidad del otorgamiento de las medidas de protección, el que se encuentren involucrados Niños, Niñas y Adolescentes, adultos mayores.

CUARTO: Se recomienda incorporar en nuestro ordenamiento legal familiar a las medidas autosatisfactivas y dentro de ello identificar legalmente a la medida de protección derivada de un proceso de violencia familiar como una medida autostisfactiva singular albergándola con cauce procesal mínimo, con caracteres y presupuestos con matices familiares, constituyendo herramienta procesal ineludible para el fortalecimiento de la tutela de urgencia familiar.

QUINTO Se recomienda promover cursos de capacitación en materia de tutela de urgencia y tutela de urgencia satisfactiva, contribuyendo de este modo al diseño de nuevas propuestas jurídicas que permitan lograr la conquista de un espacio legal para las medidas de protección en violencia familiar, incentivándose investigaciones jurídicas y multidisciplinarias en el tema, favoreciendo la eficacia de tutela jurisdiccional y debido proceso en violencia familiar en este tipo de tutela.