

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“HERMILIO VALDIZÁN”**

**ESCUELA DE POST GRADO**



**“INCORPORACIÓN DE LAS MEDIDAS  
PROVISIONALES PREVIAS O SIMULTÁNEAS A LA  
DEMANDA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS O  
DIVORCIO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER  
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**MAESTRISTA : Richard Baudelio Aquino Lira**

**HUÁNUCO – PERÚ  
2016**

## **DEDICATORIA:**

A: Mi esposa por su amor, a mi hija e hijo quienes son la razón de mí existir y los que me motivan cada día a lograr mis metas académicas en mi carrera profesional..

A: Mis profesores por todo el conocimiento que me pudieron impartir, y por su ayuda en mi condición de Estudiante de la Maestría en Derecho Civil y Comercial.

## **AGRADECIMIENTO:**

A Mis maestros de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional “Hermilio Valdizán”, por su prédica académica y haberme brindado sus conocimientos durante los años de formación profesional para contribuir al desarrollo de nuestro país.

## RESUMEN

El sistema procesal de la separación de cuerpos o divorcio en nuestra legislación, pasa por una carencia de normas idóneas y eficaces, haciendo que la sentencia definitiva se obtenga en un plazo bastante lato o amplio, en razón a la demora innecesaria de los plazos y de la tramitación de los procesos, vulnerando así los principios de celeridad y economía procesal, y generando una frustración de los cónyuges y la postergación de rehacer un nuevo proyecto de vida.

Actualmente los procesos de separación de cuerpos o de divorcio, se tramitan bajo las normas del Proceso de Conocimiento, el tiempo de duración, si es que llega a la Corte Suprema vía casación, tendrá una duración no menos de 04 años. Por lo que urge una revolución normativa respecto a la reducción de los plazos y términos que deben incorporarse en dicho proceso, a fin de que los cónyuges solucionen sus problemas en el plazo más breve. Por ello consideramos que con el presente trabajo denominado "incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación o divorcio" pretendemos que los requerimientos de los cónyuges sean atendidos urgentemente en aras de lograr una tutela jurídica verdadera con paz social.

Por ello nos hemos planteado como objetivo general, determinar en qué medida la incorporación normativa de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas a las demandas de separación o divorcio, van a influir con la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los Cónyuges

Respecto al método utilizado, nuestra investigación se caracteriza por ser descriptiva y explicativa, lo que nos ha permitido describir y explicar las ventajas de la incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio en el Proceso Civil Peruano. Asimismo el diseño es DESCRIPTIVO CORRELACIONAL, porque en una primera

parte se describe el problema materia de investigación y luego se procede a la corrección de las variables en estudio.

Al culminar la presente investigación, nos ha permitido comprobar las hipótesis de trabajo, pudiendo afirmar que la incorporación de las Medidas Provisionales Previas y Simultaneas a las demandas de separación o divorcio influye en un nivel MUY ALTO en la celeridad de los procesos judiciales tramitados por los cónyuges; por cuanto los cónyuges no tendrán que esperar que se expida la sentencia definitiva en un proceso judicial lento y dilatorio que dura entre cuatro (4) a cinco (5) años para recién resolver los problemas conyugales, y continuar conviviendo con su cónyuge en contra de su voluntad; sino que gracias a nuestra investigación planteamos que estos conflictos personales y patrimoniales se solucionen en el breve plazo posible, es decir los más rápido posible, y de esta manera el (la) cónyuge interesada pueda lograr una verdadera Tutela Jurídica Efectiva, y de esta manera puede reiniciar su Proyecto de Vida que como persona tiene derecho.

Y por ello proponemos la modificación del artículo 636° del CPC, agregando un párrafo que regule las Medidas Provisionales Previas. Así como el artículo 485° como una Anticipación de Tutela, que permita presentarse las Medidas Provisionales simultaneamente con la demanda, y otorgada juntamente con la emisión del auto admisorio.

## SUMMARY

The separation of bodies seeks to obtain the cessation of the obligation of the spouses of "living together" (to live united) but does not dissolve the matrimonial link, incorporating the provisional previous or simultaneous measures into the demand of separation for what the "separated ones" are still legally married.

Different it is the case of the divorce that yes dissolves the matrimonial link and it makes possible that the ex-spouses could marry again. So much in case of the personal separation as in the divorce, it finishes the regime of joint property and the goods that the spouses have acquired during his marriage must divide or in any case an agreement must be realized on his destination.

On having realized an interview to the judge who issued the judgment, we deduce of what way the justices of the interior of the country, they recognize indemnities under the pretext of something, it is juridically cost and therefore it is necessary to regulate these juridical topics. But, which has value in this topic, is that there is no unit of criterion, for a part of the doctrine if there is civil responsibility and for another part of the doctrine it is not, by which this topic becomes extremely special and attractive for his study.

This topic has relevancy, which has brought controversy especially to the judges to the moment of his fixation, this figure is riddled with imprecisions, substantial and procedural, departing from his bad interpretation and utilization so much doctrinal and jurisprudentially.

On the other hand in Peru there exists a special legislation that complements itself with the code, but that of certain way does not give light to an unanimous solution for the doctrine and for the operators of the right, this brings with it of which every time there are different manners of interpreting this situation, on a report the doctrine says what must be sustained, especially in the nacional it is a

development more procedural than substantive, in this case there takes the position in which theoretical rule has to of there be basing this reasoning that the judge has taken in the analyzed judgment if it is viable or not the civil responsibility and if it is so theories are those that have embraced to sustain this position and this owes in the following thing:

First to be based on the compared right and then to move the figure in our country. By means of the Law there joins the " separation of fact " as a new grounds to demand separation of bodies and / or divorce, adding in addition the juridical figure called: " indemnification in case of prejudice ", particularly it regulates supposedly there would leave of side the theory or trend of the divorce sanction, for the objective conception of divorce I remedy, concibiéndose this way the sense of the norm. In this sense, our aim consists of indicating the nature of the obligation indemnizatoria as well as his budgets and his effects, in order to contribute to his suitable normative application.

## INTRODUCCIÓN

La separación de cuerpos tiene sus antecedentes en el Derecho antiguo, en el llamado divorcio QUO AD TORUM, es decir, del tálamo, o sea la simple separación de cuerpos. Aparece nítidamente bajo la influencia del cristianismo, que si bien reconoció y consagró la indisolubilidad del matrimonio, sin embargo, no ignora la gravedad del adulterio al que tomo como causa de separación de cuerpos. La Iglesia lucho contra las leyes romanas y contra las costumbres germanas que autorizaron el divorcio llegando a obtener como resultado su paulatina supresión, pero como no fue posible mantener ciertos hogares profundamente desavenidos, creo la separación de cuerpos que no era otra, que la suspensión de los deberes del lecho y habitación, lo que impidió a los cónyuges contraer nuevo matrimonio.

Mientras el divorcio en la antigüedad resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación de cuerpos tenía que ser pronunciada en justicia siendo por tanto de competencia canónica. En el antiguo Derecho francés, la mujer podía pedir la separación sin limitación alguna, lo que se dejaba al arbitrio y la prudencia de los jueces; pero, el marido solo podía pedir la separación por adulterio de su mujer<sup>1</sup>.

En el Derecho medieval la institución del matrimonio se sacraliza y se hace asequible a personas de toda condición social. Conceptualmente en el Derecho canónico el casamiento es una implicancia entre un acto contractual (elemento volitivo) y un rito sacramental (elemento teológico). Establece que regla que los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima, permitiendo la separación bajo ciertas circunstancias y con determinados modos. La secularización del matrimonio canónico y subsecuente reaparición del matrimonio laico, en Derecho moderno,

---

1 **ZANNONI**, Eduardo. Derecho de Familia. Buenos Aires. 1998.

es un de las directas consecuencias de la Reforma, por eso el legislador de la Revolución Francesa (siglo XVIII), no veía en el acto matrimonial más que un contrato civil, razón por la que no dudó en adoptar la figura del divorcio y suprimir la separación de cuerpos. No obstante, ésta fue restablecida posteriormente a petición del Consejo de Estado a fin de dar satisfacción a los católicos para que compatibilizaran sus intereses con la legislación de la Iglesia. En el Derecho contemporáneo, la doctrina negativa se opone a la necesidad de aperturas una vía que permita a los consortes liberarlos del deber de cohabitación, porque tal separación solo es circunstancial al casamiento; en cambio, la doctrina positiva sostiene la conveniencia de franquear algún medio que exima a los cónyuges del deber de cohabitación, sobre todo, cuando estén gravemente desavenidos o existan razones que imposibiliten el cumplimiento de los fines matrimoniales.

Dentro de la legislación nacional, el Código Civil de 1852 considero el divorcio como la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial<sup>2</sup>. El Código de 1936 admite el divorcio relativo (separación de cuerpos) y el divorcio absoluto (vincular). El Código Civil del año 1984, en cambio, regula la separación de cuerpos como una figura independiente del divorcio, o como dos figuras absolutamente distinta.

Actualmente se halla regulado en el Libro III, Sección Segunda. Título IV, Capítulo primero y de manera específica en los artículos 332 al 347 del I Código Civil.

**El Capítulo I: Problema de investigación**, donde identificamos el problema que se convierte en un objeto de reflexión sobre el cual se percibe la necesidad de investigar y planteamos los objetivos respectivos, las hipótesis, las variables, así como la justificación e importancia de la investigación.

---

2 **CABELLO**, Carmen Julia. Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Lima. 1999.

**El Capítulo II: Marco teórico**, embarcamos la investigación a conocimientos existentes de antecedentes y las bases teóricas y asumimos una posición frente a ello.

**El Capítulo III: Marco metodológico**, los centramos en las metodologías utilizadas para el desarrollo de la investigación, la población y muestra utilizadas así como las técnicas de investigación.

**El Capítulo IV: Resultados**, mostramos los resultados más relevantes de la investigación, con aplicación de la estadística como instrumento de medida.

**El Capítulo V: Discusión de resultados**, mostramos la contrastación del trabajo de campo con los referentes bibliográficos, la prueba de la hipótesis y el aporte de esta investigación.

En las **Conclusiones y sugerencias**, realizamos un compendio en relación a la investigación. ...

**El autor**

## ÍNDICE

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Summary	vi
Introducción	viii

### CAPÍTULO I

#### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.	Descripción del problema	15
1.2.	Formulación del problema	16
	1.2.1. Problema general	16
	1.2.2. Problemas específicos	16
1.3.	Objetivos general y objetivos específicos	16
	1.3.1. Objetivo general	16
	1.3.2. Objetivo específicos	16
1.4.	Hipótesis	17
	1.4.1. Hipótesis general	17
	1.4.2. Hipótesis específicas	17
1.5.	Variables e indicadores	18
	1.5.1. Variable Independiente	18
	1.5.2. Variable Dependiente	18
	1.5.3. Indicadores	18
1.6.	Justificación e Importancia	19
1.7.	Delimitación	20
1.8.	Limitaciones	20

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1.	Antecedentes	22
2.2.	Bases Teóricas	33
	2.2.1. El Divorcio en el Código Civil	33
	2.2.1.1. Clases de Divorcio	34
	2.2.1.2 Causales de Divorcio	39

<b>2.3.</b>	<b>El Proceso</b>	<b>41</b>
	<b>2.3.1.</b> Concepto	41
	<b>2.3.2</b> El Proceso Judicial	43
<b>2.4.</b>	<b>El Proceso Civil</b>	<b>45</b>
	<b>2.4.1.</b> Finalidad y Objeto del Proceso Civil	48
	<b>2.4.2.</b> Clasificación del Proceso Civil	50
	<b>2.4.2.1.</b> El Proceso de Conocimiento	51
	<b>2.4.2.2.</b> El Proceso Abreviado	52
	<b>2.4.2.3.</b> El Proceso Sumarísimo	52
<b>2.5.</b>	<b>La Tutela Ordinaria</b>	<b>54</b>
	<b>2.5.1.</b> Conceptos Necesarios	54
<b>2.6.</b>	<b>La Tutela Diferenciada</b>	<b>59</b>
	<b>2.6.1.</b> Consideraciones Generales	59
	<b>2.6.2.</b> Sobre la Tutela Diferenciada	60
<b>2.7.</b>	<b>La Tutela Preventiva</b>	<b>68</b>
	<b>2.7.1.</b> Ideas Preliminares	68
	<b>2.7.2.</b> Conceptos	69
<b>2.8.</b>	<b>Tutela Urgente Cautelar</b>	<b>72</b>
	<b>2.8.1.</b> El Proceso Cautelar	72
	<b>2.8.2.</b> Tutela Cautelar y Eficacia	73
	<b>2.8.3.</b> Aspecto Constitucional de la Tutela Cautelar	75
<b>2.9.</b>	<b>La Tutela Urgente Cautelar</b>	<b>76</b>
	<b>2.9.1.</b> Concepto	76
	<b>2.9.2.</b> Características de una Tutela Cautelar	77
	<b>2.9.2.1.</b> Instrumentalidad	78
	<b>2.9.2.2.</b> Jurisdiccionalidad	79
	<b>2.9.2.3.</b> Provisionalidad	80
	<b>2.9.2.4.</b> Variabilidad	81
	<b>2.9.2.5.</b> Revocabilidad	82
	<b>2.9.2.6.</b> Discrecionalidad	83
	<b>2.9.2.7.</b> Responsabilidad	84
	<b>2.9.2.8.</b> Caducidad	84
	<b>2.9.2.9.</b> Se dicta in audita altera pars	85
	<b>2.9.2.10.</b> Cosa Juzgada	85
	<b>2.9.2.11.</b> Prejuzabilidad	86

	<b>2.9.2.12. Conducencia</b>	87
	<b>2.9.2.13. Ponderación</b>	87
<b>2.10.</b>	<b>Los Presupuestos</b>	87
	<b>2.10.1. Presupuestos Sustanciales</b>	88
	<b>2.10.1.1. Verosimilitud del Derecho Invocado</b>	88
	<b>2.10.1.2. Peligro en la Demora</b>	89
	<b>2.10.1.3. Contracautela</b>	90
	<b>2.10.2. Presupuestos Genéricos</b>	92
	<b>2.10.2.1. Necesidad de un Procesal Principal</b>	92
	<b>2.10.2.2. Competencia</b>	92
	<b>2.10.2.3. Legitimación</b>	92
<b>2.11.</b>	<b>Definiciones de los Términos Conceptuales</b>	93
	<b>2.11.1. Asuntos de Familia e Interés de Menores</b>	93
	<b>2.11.2. Frustración</b>	93
	<b>2.11.3. Medidas Cautelares Para Futura Ejecución Forzada</b>	93
	<b>2.11.4. Medida Anticipada</b>	93
	<b>2.11.5. Medida Fuera de Proceso</b>	93
	<b>2.11.6. Medida Temporal Sobre El Fondo</b>	93
	<b>2.11.7. Medida Innovativa</b>	93
	<b>2.11.8. Medida de No Innovar</b>	93
	<b>2.11.9. Medidas Provisionales Previas</b>	93
<b>2.12.</b>	<b>Bases Epistémicas</b>	94
	<b>2.12.1. Doctrina Tradicional</b>	94
	<b>2.12.2. Doctrina Moderna</b>	95
	<b>2.12.3. Posición del Código Civil</b>	96
	<b>2.12.4.- Diferencia entre La Separación de Cuerpos Del Divorcio</b>	97

### **CAPÍTULO III**

#### **MARCO METODOLÓGICO**

<b>3.1.</b>	<b>Tipo y Nivel de Investigación</b>	99
	<b>3.1.1. Tipo de Investigación</b>	99
	<b>3.1.2. Nivel de investigación</b>	99
<b>3.2.</b>	<b>Diseño y Esquema de la Investigación</b>	99
<b>3.3.</b>	<b>Población y Muestra</b>	100

3.3.1. Población	100
3.3.2. Muestra	100
3.4. Técnicas de Recojo, Procesamiento y presentación de Datos	100
3.4.1.- Técnica de análisis documental	100
3.4.2. Estudio de Documentos	101
3.4.3. Entrevistas	101

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS**

4.1. Resultados de Trabajo de Campo y Aplicación Estadística	103
4.2. Contratación de Hipótesis Secundaria	115
4.2.1.- Validación estadística- prueba de hipótesis	115
4.2.2. Comprobación	115

## **CAPITULO V**

### **DISCUSION DE RESULTADOS**

5.1. Contratación de los Resultados de Trabajo de Campo con los Referentes Bibliográficos	116
5.1.1. El Principio de Socialización del Proceso y los Procesos de Familia	118
5.1.2.- La Función Tuitiva del Juez en los Procesos de Familia	120
5.1.3.- Flexibilización de los Principios de Congruencia, Preclusión y Eventualidad en los Procesos de Familia	122
5.1.4.- Flexibilización de la Acumulación de Pretensiones en Materia de Familia	125
5.2. Aporte Científico	127

<b>CONCLUSIONES</b>	130
<b>SUGERENCIAS</b>	133
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	134
<b>ANEXOS</b>	140

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### **1.1.- Descripción del Problema.**

Por su propia naturaleza el matrimonio es perpetuo; debe disolverse; normalmente, sólo por la muerte de uno de los cónyuges. En efecto, los fines fundamentales del matrimonio sólo pueden cumplirse en forma favorable en uniones duraderas; no pueden lograrse cuando la unión es pasajera.

En virtud de lo expuesto debe considerarse el divorcio, la ruptura del matrimonio en vida de ambos cónyuges, por pronunciamiento judicial, una institución excepcional. Partiendo de la excepcionalidad del divorcio, existen dos corrientes, en relación con su fundamento jurídico, que se manifiestan en las causales de divorcio admitidas en las distintas legislaciones.

**A) Corriente del Divorcio-Sanción.** La corriente que considera el divorcio como una sanción, lo concibe como un castigo para el cónyuge que ha transgredido en forma grave, intencional e injustificada, sus deberes conyugales.

Existen causales de divorcio características que resultan de la consideración del divorcio como una sanción. Así, el adulterio, el abandono voluntario y las injurias.

**B) Corriente del divorcio remedio.** Esta corriente considera el divorcio como una solución al problema que representa la subsistencia del matrimonio cuando el vínculo se ha hecho intolerable, cuando ya estaba roto, aunque subsistía, independientemente de que esa situación pueda imputársele a alguno de los cónyuges.

## **1.2.- Formulación del problema**

### **1.2.1.- Problema general**

¿En qué medida la incorporación de las Medidas Provisionales Previas o Simultaneas a las demandas de separación o divorcio, se relaciona con la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los cónyuges?

### **1.2.2.- Problema específico**

- ¿De qué manera los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales?

- ¿En qué medida las materias que contiene las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales?.

- ¿De qué manera las Medidas Cautelares Fuera o Simultanea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales?

## **1.3.- Objetivo general y objetivos específicos**

### **1.3.1.- Objetivo general**

- Determinar en qué medida la incorporación normativa de las Medidas Provisionales Previas o Simultaneas a las demandas de separación o divorcio, se relaciona con la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los Cónyuges.

### **1.3.2.- Objetivos específicos**

- Evaluar de qué manera los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales.

- Evaluar en qué medida las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales?
- Analizar de qué manera las Medidas Cautelares Fuera o Simultanea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales.

#### **1.4.- Hipótesis**

##### **1.4.1.- Hipótesis general:**

- **Hi:** La incorporación de las Medidas Provisionales Previas o Simultaneas a las demandas de separación o divorcio influyen de manera positiva en la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los cónyuges
- **H0:** La incorporación de las Medidas Provisionales Previas o Simultaneas a las demandas de separación o divorcio no influyen de manera positiva en la celeridad de los Procesos Judiciales.

##### **1.4.2.- Hipótesis específicas.**

- **H1:** Los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales
- **H0:** Los Procesos Cautelares Rápidos no influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales.
- **H2:** Las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales
- **H0:** Las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas no influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales

- **H3:** Las Medidas Cautelares Fuera o Simultanea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales
- **H0:** Las Medidas Cautelares Fuera o Simultanea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales.

### 1.5.- Variables e indicadores

#### 1.5.1.- Variables Independiente:

- Incorporación de las medidas previas o simultaneas

#### 1.5.2.- Variable Dependiente:

- Procesos de separación de cuerpos o divorcio

#### 1.5.3. Indicadores:

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
<b>V.I.</b> Incorporación de las medidas previas o simultaneas	<p>PROCESOS CAUTELARES RAPIDOS</p> <p>MATERIAS QUE DEBE CONTENER LAS MEDIDAS PREVIAS O SIMULTANEAS</p> <p>MEDIDA CAUTELAR FUERA Y SIMULTANEA AL AUTO ADMISORIO</p>	<p>- Tutela Diferenciada -Tutela Satisfactiva - Tutela Anticipativa</p> <p>- <b>Materia Personal:</b> Alimentos, Tenencia y Custodia, Régimen de Visitas, El poder vivir separado del otro cónyuge.</p> <p>-<b>Materia Patrimonial:</b> Revocación de Poder, el Uso de la Vivienda Familiar, Separación de los Bienes de Sociedad Ganancial, Administración de Bienes</p> <p>- Resolución fuera del proceso. - Dentro 20 días se formula la demanda - Resolución juntamente con el Auto Admisorio</p>
<b>V.D.</b> Procesos de separación de cuerpos o divorcio	EXPEDICION DE AUTO QUE SOLUCIONA PROBLEMAS CONYUGALES	<p>-Efectividad de la Resolución Judicial -Cumplimiento del Principio de Celeridad Procesales -Lograr Paz Social en el Cónyuge</p>

### **1.6.- Justificación e Importancia:**

La presente investigación va a ser de gran valor fundamental por la incorporación de nuevas medidas provisionales previas o simultaneas a la demanda de separación de cuerpo o divorcio en el Proceso Civil Peruano, con la finalidad de adquirir seguridad jurídica en la los procesos de divorcio en el proceso civil.

En primer término se puede apreciar la sobreabundancia de detalles en la que incurre el legislador español al establecer que el matrimonio se disuelve por la muerte.

Asimismo el presente problema ha sido elegido por el investigador y se justifica porque es necesario su desarrollo y concretización para así poder llegar a determinar del porqué la incorporación de nuevas medidas provisionales previas o simultaneas a la demanda de separación de cuerpo o divorcio siendo necesario señalar cuales son los criterios de selección de importancia que justifica a la presente investigación:

**Con relación muestra personal.-** Existe interés por el problema de investigación, se ha dispuesto de fuentes de información necesarias y acceso a ellas.

**Con relación al criterio temporal.-** Es oportuna la investigación de este problema, estando seguro que habrá aportes de interés social para el futuro y los habitantes de la sociedad, deberán tomar cartas en el asunto.

**Con relación al criterio teórico.-** Es un hecho que se llenará vacíos en el conocimiento jurídico civil, etc., sobre el tema de investigación, podrán generalizarse sus resultados y a partir de los resultados obtenidos se podrán generar otras líneas de investigación.

### **1.7.- Delimitación**

Previamente debemos determinar claramente si es que los ordenamientos a los que vamos a dedicar este estudio regulan bajo la misma voz de “divorcio” el mismo instituto.

Ello en vista que el término “divorcio” puede referirse tanto al vincular (conocido también como absoluto) como al personal (denominado en la dogmática como relativo).

Por medio del primero lo que se disuelve es el vínculo jurídico creado por el matrimonio; mientras que el segundo “se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados sin que ninguno de ellos readquiera la aptitud nupcial” “no supone la extinción del matrimonio, sino, la suspensión de alguno de sus efectos, principalmente de la vida en común.”

En esta investigación reconocemos los siguientes topes operativos con el exterior:

- Los resultados no van a ser generalizados.
- Se limita a un solo aspecto de beneficio que adquieren las personas.
- El tiempo dedicado por el investigador es parcial; por su tareas laborales y estudios.

### **1.8.- Limitaciones:**

Con referencia a las limitaciones descritas en el trabajo de investigación ha sido superada en un 90%, ya que la obtención de información se ha realizado en forma directa en el Poder Judicial, el Ministerio Público y las entrevistas a los Abogados Especialista en Derecho de Familia.

En esta investigación reconocemos los siguientes topes operativos de las limitaciones originadas según la investigación:

**a) Teórica.**

Durante el proceso de investigación, se utilizaron teorías de análisis social, que expliquen los comportamientos de los implicados previos o simultáneos a la demanda de separación de cuerpo o divorcio.

**b) Temporal.**

El estudio de tipo básica, para poder describir y explicar los diversos problemas que afrontan la incorporación de nuevas medidas provisionales previas o simultaneas a la demanda de separación de cuerpo o divorcio.

**c) Práctica**

La alta vulnerabilidad de la problemática de la incorporación de nuevas medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpo o divorcio.

**d) Social**

El grupo poblacional vulnerable, por la la incorporación de nuevas medidas provisionales previas o simultaneas a la demanda de separación de cuerpo o divorcio.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1.- Antecedentes**

##### **2.1.1.- A nivel local:**

Luego de un acucioso trabajo de búsqueda en las bibliotecas de las Universidades que ofertan maestrías en Derecho, pudimos comprobar que no existen trabajos de investigación (Tesis) referidos a las variables materia de nuestro estudio.

##### **2.1.2.- A nivel regional:**

Igualmente hemos indagado sobre tesis respecto al tema de investigación y no se encontró ningún trabajo similar.

##### **2.1.3.- A nivel nacional:**

En el Perú el Proyecto Vidaurre contemplo la posibilidad de Divorcio Absoluto, aplazando su regulación para un futuro incierto (Vidaurre 1834-1836). Más adelante, dos ponentes de la Primera Comisión Redactora, el año de 1862. Revelarían sus simpatías por la Institución, siendo entonces disuelta por el Gobierno de Castilla. Recién en 1920 a instancias de Mariano H. Cornejo y Mariano Lino Urquieta, el divorcio vincular alcanzaría la aprobación parlamentaria, pero, ante la presión del Monseñor Lisson y la jeraquía católica, el régimen Leguista tacho el Proyecto .Después de 10 años, las observaciones fueron retiradas, logrando el divorcio sanción legislativa (Herrera 1921). Pese a la unánime oposición de los comisionistas que elaboraron el Código Civil de 1936, la figura fue regulada con restricciones.

Posteriormente la Comisión designada por Decreto Supremo 95 del 10 de Marzo de 1965 Comisión Reformadora del Código Civil- encargo a uno de sus Miembros, el doctor Héctor Cornejo Chávez, la redacción del Anteproyecto del Libro de Familia. El ponente en la exposición de motivos, publicada por la doctora Delia Revoredo de Debakey, dejó constancia expresa de su posición contraria al divorcio vincular.

La Comisión Reformadora sin debate y por unanimidad hizo suya la ponencia del doctor Cornejo Chávez. El mismo Jurista propuso ante la Comisión Revisora algunos ajustes que también fueron admitidos.

La Comisión Revisora, a su vez, introdujo ciertas innovaciones, como la incorporación del homo-sexualidad sobreviniente a las nupcias, como causal objetiva o de discrepancia objetiva, la reducción del plazo para solicitar el divorcio, y otros. Empero la Comisión Revisora tampoco se percató que el anteproyecto contenía disposiciones antidivorcistas, colaborando más bien con una cuota de tradicionalismo, al elaborar el Decreto Legislativo 310, obligando a los cónyuges que acuden al mutuo disenso a asistir personalmente a la diligencia de comparendo.

El actual Código Civil de 1984 a diferencia del Código Civil de 1936, enumera las causales en el título referido a la separación de cuerpos. Dicha transposición, anota con sagacidad al doctor Carlos Montoya Anguirre, revela el afán del legislador de dar énfasis a la separación de cuerpos antes que a la disolución. Contiene además una propuesta a los interesados para elegir la Separación en lugar del Divorcio.

#### **2.1.4.- Coyuntura Actual de los Problemas Conyugales en el Perú**

Consideramos que en la actualidad muchos de los cónyuges, ni siquiera piensan recurrir al Órgano Jurisdiccional para interponer su demanda de

Separación de Cuerpos o de Divorcio, a pesar de conocer las causales, porque consideran que es "una pérdida de tiempo, o que prefieren vivir de esa manera"; con la presente investigación, lo que pretendemos es que de MANERA SUMARÍSIMA antes de presentarse la demanda, puede solicitarse la Adopción de MEDIDAS PROVISIONALES que en ese momento solucionen el pleito con el otro cónyuge, o que una vez admitida la demanda por imperio de la Ley, se produzcan las Medidas Provisionales, o que sea el Juez por mandato legal sea quien adopten tales medidas; Sabemos que se trata de una institución novísima, pero tras la investigación, mucho de los cónyuges sentirán que se trata de un Instituto beneficioso, y capaz de accederse muy sencillamente.

La CONVENIENCIA de la Investigación, es que si bien es cierto cuando uno de los cónyuges interpone la demanda de separación de cuerpos o divorcio, en el seno del hogar se produce un rompimiento de la relación entre los miembros de una familia, es decir de PRODUCE UNA SERIE DE EFECTOS respecto a los cónyuges, los hijos y los bienes; Sin embargo con la obtención de la Medidas Provisionales previas o simultaneas, se lograría, que el Órgano Jurisdiccional, le otorgue las Medidas Urgentes, de índole Personal: para sí y sus hijos, y de orden Patrimonial: en salvaguarda de sus intereses económicos; de manera que todavía no tendrá que esperar la admisión de su demanda, la duración del proceso (Audiencias Sucesivas) con todos sus obstáculos y recién en la expedición de la SENTENCIA las medidas antes señaladas. De manera que al ADOPTARSE UNA SERIE DE MEDIDAS PROVISIONALES EN TANTO NO SE RESUELVA EL PROCESO, se estaría SOLUCIONANDO provisionalmente en ese mismo momento, y

de esta manera lograr la paz social que todo justiciable espere alcanzar en un proceso.

Sin embargo desde el punto de vista del SISTEMA PROCESAL desde la regulación del DIVORCIO. El trámite procesal siempre ha sido DEMASIADO LATO Y SOBRE TODO ENGORROSO. Debiendo seguirse con INNECESARIOS TRAMITES; Motivando una frustración de los cónyuges y la postergación a rehacer un nuevo proyecto de vida.

Como Operador Jurídico, en nuestra realidad he podido observar que muchas familias sienten la frustración y tienen que soportar los grandes problemas de incomprensión y hostigamiento que nacen. de la fricción y/o ruptura de la unidad familiar, que hace inviable continuar viviendo bajo un mismo techo; y que para solucionar él o la cónyuge precisamente recurre a la Institución Jurídica de la Separación de Cuerpos o Divorcio con la expectativa de lograr una pronta y verdadera Tutela Jurisdiccional Efectiva, y de esta manera poner solución al conflicto de intereses surgido; Sin embargo el Órgano Jurisdiccional por muchos factores intrínsecos y extrínsecos, hacen que la solución al caso se vean postergadas, por un tiempo bastante alto.

Para una mayor ilustración, resulta pertinente poner en relieve que el tiempo de duración de un Proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, no obstante tramitarse en la vía del proceso SUMARÍSIMO donde aparentemente los plazos son cortos y breves; sin embargo observando la realidad de la casuística y nuestra experiencia profesional, podemos señalar con certeza objetiva que antes de la Promulgación de la Ley N° 28384- Ley que modifica los Artículos 354 y 359 del Código Civil y 580 del Código Procesal Civil, publicado en el

Diario Oficial El Peruano con fecha 13 de Noviembre del 2004, el tiempo que transcurría desde la interposición de la demanda, hasta la expedición de la resolución de grado, producto de haberse elevado en consulta, DURABA APROXIMADAMENTE DOS AÑOS; Sin embargo estando a las modificaciones señaladas, esperamos que en adelante los procesos de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, a cuya demanda se anexa la Propuesta de Convenio, en donde los cónyuges se ponen de acuerdo en los diversos aspectos propios de una relación conyugal, en verdad se logre VERDADERA TUTELA JURÍDICA en un TIEMPO MUY BREVE.

Ahora bien, en los procesos de Separación de Cuerpos o de Divorcio, los mismos que se tramitan bajo las normas del Proceso de Conocimiento, el tiempo de duración del proceso, si es que llega a la Corte Suprema vía el recurso extraordinario de casación, tendrá una DURACIÓN NO MENOS DE 04 AÑOS, Y más aún si se acumula accesoriamente la pretensión de la separación de patrimonios; cayendo en caso roto, los Principios de Economía y Celeridad Procesal, etc., por lo que resulta urgente una revolución normativa respecto a la reducción .de los PLAZOS y TÉRMINOS que deben incorporarse en el trámite de los Proceso de Separación de Cuerpos y de Divorcio, dada a su naturaleza, y características sui-géneris del derecho de familia.

La Doctrina contemporánea, fundamenta especialmente las CAUSAS DEL DIVORCIO en el CESE EFECTIVO de la convivencia, y el otorgamiento de un CONVENIO REGULADOR entre los cónyuges, de manera que una vez probado de manera indubitable el uno u otro elemento, resulta innecesario continuar con un trámite engorroso y

absurdo, que lo único que hace es frustrar las expectativas y proyectos futuristas del cónyuge peticionante. Así por ejemplo en España, un matrimonio, una vez transcurrido el primer año del mismo, se separa suscribiendo el correspondiente convenio; pasado dos años desde su firma, PRESENTAN LA DEMANDA de divorcio y obtienen la Sentencia Estimatoria en el plazo de seis meses.

El Justiciable recurre al Órgano Jurisdiccional, porque necesita el otorgamiento de Medidas Urgentes, como son los EFECTOS PERSONALES: para si como cónyuge, y sus hijos, y de EFECTOS PATRIMONIALES: en salvaguarda de su patrimonio; empero, tendrá que esperar la admisión de su demanda, y la duración del proceso con todos sus obstáculos y recién a la expedición de la SENTENCIA lograr la verdadera Tutela Jurídica.

De manera que, así como las Medidas Cautelares pueden dictarse antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva; Consideramos necesario que DEBEN ADAPTARSE una serie de Medidas Provisionales, en tanto se tramite el proceso.

En la actualidad nuestro Sistema Procesal en el proceso de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, se regula la Anticipación de Tutela, esto es que una vez expedido el Auto Admisorio tiene eficacia jurídica los acuerdos de la propuesta de convenio anexo a la demanda (Art. 576 C.P.C.); lo que no ocurre, en la Separación de Cuerpos ni el Divorcio, en cuyas figuras recién después de Interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidada

de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisional; y administración y conservación de los bienes comunes (Art. 485 C.P.C. en concordancia con los Arts. 677 y 680 del C.P.C), es decir se trata de una Medida Temporal sobre el Fondo, que opera a petición de parte.

Ante esta situación, se requiere contar con INSTRUMENTOS O MECANISMOS PROCESALES IDÓNEOS, QUE ATIENDAN LOS REQUERIMIENTOS DE LOS JUSTICIABLES QUE PREGONAN TUTELA JURÍDICA EN ARAS DE LOGRAR LA PAZ SOCIAL.

Como es de conocimiento en la realidad fáctica, cuando uno de los cónyuges interpone la demanda de separación de cuerpos ó divorcio, en el seno del hogar se produce un rompimiento de la relación entre los miembros de una familia, es decir se PRODUCE UNA SERIE DE EFECTOS respecto a los cónyuges, los hijos y los bienes; en virtud de los cuales consideramos que DEBE ADOPTAR SE UNA SERIE DE MEDIDAS PROVISIONALES EN TANTO SE SUSTANCIE o DURE EL PROCESO.

Estas medidas provisionales pueden ser PREVIAS o SIMULTÁNEAS A LA DEMANDA de Separación de Cuerpos ó Divorcio.

El propósito de nuestra investigación, es que precisamente mediante el mecanismo de LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS, el cónyuge que se propone demandar en el futuro la Separación de Cuerpos o el Divorcio de su Matrimonio, puede SOLICITAR PREVIAMENTE - semejante a una Medida Cautelar Fuera del Proceso-, el poder vivir separado del otro, y la revocación de los consentimientos y poderes que un cónyuge le hubiera otorgado al otro; asimismo, que se adopten

medidas en torno a los hijos (guarda tutela régimen de visitas vivienda de los mismos), al uso de la vivienda familiar (cuál de los cónyuges ha de continuar en la misma), a los alimentos de los hijos y- en su caso- del otro cónyuge, a las cargas y bienes gananciales del matrimonio. y a las reglas que deben observar en la administración y conservación de los bienes comunes; Ahora bien, una vez obtenido estas MEDIDAS, el cónyuge a continuación debe formular su demanda de separación de cuerpos o de divorcio, dentro de un PLAZO PRUDENCIAL así por ejemplo en España es dentro de los 30 días siguientes, en Uruguay dentro de 20 días siguientes; De tal manera que estos EFECTOS Y MEDIDAS PROVISIONALES solo subsisten si dentro del plazo prudencial transcurrido, siguientes contados desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda la separación de cuerpos o el divorcio. De otro lado, estas medidas podrán CESAR cuando son sustituidas por una sentencia o cuando después de transcurrido el PLAZO PRUDENCIAL, no se ha interpuesto la demanda de separación de cuerpos o de divorcio.

Por su lado, mediante las MEDIDAS PROVISIONALES SIMULTANEAS, por la simple admisión de la demanda de Separación de Cuerpos o Divorcio, POR MANDATO IMPERATIVO DE LA LEY deben producirse LOS EFECTOS siguientes: los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal; quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

A estos efectos, cualquiera de los cónyuges podrá instar la oportuna anotación en el Registro de mandatos y en su caso en el Registro de

Propiedad Inmueble; De manera que no debe esperarse la admisión de la demanda para recién vía medida cautelar solicitar las medidas provisionales, y posteriormente ser ratificadas o sustituidas al expedirse la Sentencia, como actualmente ocurre en nuestro sistema procesal.

Pero, esto no resulta suficiente, sino que tratándose de un proceso en la que se viene ventilando derechos propios de la familia, ante la demora o dilatación innecesaria de los actuales procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio, en nuestra Investigación analizaremos la posibilidad de incorporarse como aporte normativo, que una vez admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, podrá adoptar las medias siguientes: Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a patria potestad de ambos, determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección; cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar; y asimismo previo inventario, los bienes y objetos del menaje del hogar que continúe en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge; fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, señalar los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge; y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes. Y dichas medidas, se terminarían cuando sean sustituidas por la sentencia.

Consideramos, que al desarrollar la presente investigación, a la que hemos asignado como TITULO "INCORPORACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS O SIMULTÁNEAS A LA DEMANDA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS o DIVORCIO EN EL PROCESO CIVIL

PERUANO", plasmaremos una Iniciativa normativa, que posteriormente al verse fortificada por otros estudiosos, y de esta manera lograr su incorporación en el Sistema Procesal Civil, y así poder solucionar y satisfacer las grandes expectativas de los justiciables (CÓNYUGES).

La presente investigación se realizará respecto de los Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio que se tramitaron y vienen tramitando bajo LA VIGENCIA de las normas del Código Civil de 1984 y el actual Código Procesal Civil de 1993.; lo que significa que no se comprenderá en nuestra investigación a Procesos tramitados con el Código Civil de 1936 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que a decir de verdad existen pocos pero aún se vienen tramitando.

Para cuyo efecto tomaremos datos de la revisión de los Expedientes en Archivo y Giro sobre Separación de Cuerpos y Divorcio TRAMITADOS Y QUE SE VIENEN TRAMITANDO entre los años 2005 al 2010, y que se encuentran tramitando en los 02 Juzgados Especializados de Familia de Coronel Portillo-Ucayali. Asimismo abordaremos instituciones como Medidas Provisionales Previas, Medidas Provisionales Simultanea, Medida Cautelar Fuera del Proceso, Medidas para Futura Ejecución Forzada, Medidas Temporales sobre el Fondo, etc.

#### **2.1.5.- A nivel internacional**

No se ha encontrado tesis de pre grado ni post grado sobre el tema de investigación.

Según el alcance, la Ley 15/2005 que modifica el Código Civil Español introdujo una importante reforma en la regulación del divorcio. Esta ley instituyó un régimen de divorcio incausado. Nos centraremos en la modificación que introduce esta ley en el artículo 86 del Código Civil

Español, ya que consideramos que con la modificación de este artículo, que otrora establecía las causas de divorcio, es que se cambia de régimen en España. El texto vigente del mencionado artículo establece:

“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancia exigidos en el artículo 81.”

Para completar esta norma es necesario citar también el mencionado artículo 81 del mismo cuerpo legal en su parte pertinente:

“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. (...)”

El artículo 86 del Código Civil Español hace referencia a requisitos y circunstancias establecidos en el artículo 81 del mismo cuerpo legal. Ello podría insinuar que existen causas para el divorcio y éste no sería un sistema incausado sino más bien causalista. Sin embargo, de la lectura del artículo 81 del mismo cuerpo legal se desprende que esos requisitos y circunstancias están referidos a: 1.- La petición de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o petición unilateral.

2.- Acompañar a la demanda un convenio regulador.

3.- Que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Como vemos esos requisitos y circunstancias a los que hace referencia el artículo 86 del Código Civil Español no pueden ser entendidos como verdaderas causales del divorcio, por cuanto éstas son definidas “como conductas antijurídicas” que atentan contra la paz conyugal, la causal es todo acto u omisión doloso o culposo imputable al cónyuge que daña la confianza y respeto conyugal”. Por el contrario, el artículo 86 Código Civil Español nos da a entender que es la mera voluntad, junto a unos requisitos temporales y procesales, la que hará que el vínculo matrimonial quede disuelto. Obviamente que la voluntad de uno de los cónyuges o de ambos tendrá sus motivos o causas, pero estos, desde el punto de vista jurídico, no será necesario alegarlos ante el tribunal para decretar el divorcio. Es decir, que los motivos o causas quedarán en la esfera íntima de esa familia y no será ventilada ante los tribunales. Así lo establece la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: “Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.”

## **2.2.- Bases Teóricas Científicas:**

### **2.2.1.- El Divorcio en el Código Civil**

Tomado del Tercer Pleno Casatorio Civil, el actual Código Civil con la modificatoria introducida por la Ley N° 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto

causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

#### **2.2.1.1.- Clases de Divorcio**

La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

##### **A. Divorcio Sanción**

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

“La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave (...). Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se

obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”<sup>3</sup>.

También respecto de esta causal, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal (...). En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”<sup>4</sup>.

## **B. Divorcio Remedio**

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los

---

3 QUISPE SALSAVILCA, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano*, Breviarios de Derecho Civil N° 2, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp. 73-75.

4 DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, pp. 115-116.

cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó<sup>5</sup>.

Con alguna razón se sostiene que: “[e] simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio”<sup>6</sup>; de allí que se ha dado a denominarla como la *tesis de la frustración de la finalidad social del instituto*, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio”<sup>7</sup>. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar<sup>8</sup> al divorcio remedio en:

1) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

---

5 Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007-Lima, publicada el 2 de setiembre de 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos “(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales”.

6 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

7 DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón, ob.cit., p. 116. Señalan estos autores: “Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración”.

8 Respecto de esta sub clasificación, Díez Picazo y Gullón han referido: “Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular loa [sic] hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desenvolviendo a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”. (Ob.cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

**2) Divorcio-remedio extensivo:** que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus*).

A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatória alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge

demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio<sup>9</sup>.

La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio solo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges(...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable.

Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un

---

9 Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: “En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros -a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos- se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas”. (Ob.cit., p. 426)

remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos (...).

En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vincules familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones reciprocas que allí se hacen los cónyuges<sup>10</sup>.

### 2.2.1.2 Causales de Divorcio

Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley N° 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial<sup>11</sup>. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos<sup>12</sup>, estableciendo en su artículo 333<sup>o</sup> las causales de separación de cuerpos<sup>13</sup>.

---

10 BOSSERT, GUSTAVO A. y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-5.

11 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Las causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

12 Artículo 349<sup>o</sup>.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333<sup>o</sup>, incisos del 1 al 12.

13 Artículo 333<sup>o</sup>.- Son causas de separación de cuerpos:

1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347<sup>o</sup>.

Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que imponen el matrimonio<sup>14</sup>. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador. Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen “conductas antijurídicas” que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: “La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su *imputabilidad* al cónyuge que incurre en ellas.

Se trata del factor de atribución objetivo que determina la *culpabilidad* (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas *dolosas*, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente *culposos*, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge a otro,

---

8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.

9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.

10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años.

Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335º.

13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

14 Para BOSSERT Y ZANNONI, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino “diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio”. (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni, ob.cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: “la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas”. (Belluscio, Augusto César, ob.cit., p. 439).

las que, aunque carecieran de *animus iniuriandi*, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor”<sup>15</sup>.

Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

### **2.3.- El Proceso**

Resulta necesario entender en que consiste en proceso en general, y según el Diccionario de la Lengua Española, proceso proviene del vocablo latino *processus* que significa: acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

#### **2.3.1.- Concepto**

La palabra proceso no es una categoría exclusiva del derecho ni mucho menos del derecho procesal; en su acepción común, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo; en tal sentido proceso viene

---

15 ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil - derecho de familia*, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

a ser el conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; así hablamos del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso de elaboración de una tesis, etc.

El proceso en sí mismo, agota su valor semántico en aquel conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; no puede obtenerse más del término proceso. El núcleo a partir del cual puede determinarse la naturaleza del proceso está en el resultado u objeto del mismo sea que intervenga o no la voluntad humana. Si en el resultado del proceso no interviene la voluntad humana hablamos de procesos naturales; en caso contrario hablamos de procesos determinados no por el resultado sino por la finalidad u objeto; en esta opción, bajo criterios racionales cognitivos sólo el hombre individual o colectivo tiene objetivos, finalidades con la prevalencia de uno u otro interés<sup>16</sup> .

El logro de determinado fin impregna de sustantividad y connotación especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso<sup>17</sup> sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; del mismo modo, la restitución de un inmueble,

---

16 RAMOS MENDEZ, Francisco, en su obra Derecho y Proceso (Librería Bosch, Barcelona, 2000, p.42-43), informa que ya en 1950 Fenech había puesto de relieve cómo la noción de proceso trasciende el campo del derecho procesal, por no ser un concepto específico y limitado de esta ciencia y al señalar que en el mundo de las ideas y en la realidad existen muchos procesos, de los cuales solamente uno es objeto de estudio por el derecho procesal.

17 SALVATORE SATTA sobre el particular reflexionaba: “¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley o la defensa del derecho subjetivo, o el castigo del reo, y tampoco la justicia o la investigación de la verdad: si esto fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta, y la misma fuerza de la cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todos estos pueden ser y son los fines del legislador que organiza el proceso, de la parte y del ministerio público que en concreto lo promueve, no la finalidad del proceso.” (Derecho Procesal Civil. Vol.III, EJEA Buenos Aires 1971, p.11)

el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la imposición de una condena no son finalidades del proceso, sino de quien pretende hacer realidad tales propósitos. El proceso está marcado por esta transmutación en el que los contenidos, y finalidades de las personas individuales o colectivas, otorgan y transfieren formalmente su valor connotativo al proceso; de este modo, en las diversas disciplinas científicas se estudia procesos según la materia o finalidad que se trate. De este modo, el proceso volitivo o intencional concebido como una serie de actos coordinados para la consecución de un propósito jurídico, es propiamente el proceso jurídico, como por ejemplo el proceso de producción legislativa, el proceso de elaboración de un contrato, el proceso destinado a obtener una resolución judicial que resuelva un conflicto intersubjetivo de intereses.

### **2.3.2.- El Proceso Judicial.**

El proceso judicial es el instrumento jurídico instituido por el Estado mediante ley para permitir el despliegue de la función jurisdiccional y el ejercicio del derecho de acción cuya respuesta final se traduce en el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, independientemente del sentido de la decisión y siempre que se haya preservado el derecho al debido proceso.

El proceso judicial está constituido por un conjunto de actos procesales que deben realizarse para la obtención de la resolución final que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, la incertidumbre jurídica, elimine el riesgo o peligro en la demora, la insatisfacción del actor o imponga determinada sanción por la lesión a bienes jurídicos protegidos. Puede asimismo sostenerse que el proceso judicial es la categoría de

proceso reservado al accionar de los justiciables frente al Estado en función jurisdiccional.

A continuación nos referimos a los diversos autores, quienes definen al Proceso Judicial desde su óptica, así tenemos al jurista Devis Echandía quien define como el conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante y por los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización forzada de los derechos que pretendan tener las personas individuales o colectivas ante su incertidumbre su desconocimiento o insatisfacción o también para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones.<sup>18</sup>Más resumidamente Salvadores Satta lo define como el desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de resoluciones jurisdiccionales.<sup>19</sup>

El término proceso, informa el mismo autor, se gestó en el derecho canónico: el *processus iudicii*. Ha llegado a la doctrina italiana a través de la doctrina alemana. La recepción doctrinaria y legislativa siguió su curso; así la doctrina italiana irradió posteriormente su influencia a España y a los países latinoamericanos. En correspondencia con la adopción del término proceso el procedimiento civil ha cedido su puesto al derecho procesal civil.<sup>20</sup>

Y según el punto de vista del profesor Francisco Ramos Méndez<sup>21</sup> quien precisa que el proceso es jurídico en cuanto está regulado por el derecho. Pero al mismo tiempo el proceso es algo vivo en la realidad, y como tal sujeto a condicionamientos que moldean su juridicidad

---

18 DEVIS ECHANDÍA: Teoría General del Proceso. Editorial Univeridad, Buenos Aires 1984, p.153

19 Es la esencia del concepto elaborado por Enrique Redenti, en Derecho Procesal Civil, p. 87

20 SATTA SALVATORE: Derecho Procesal Civil. EJEA Buenos Aires 1968, p.115

21 RAMOS MÉNDEZ, Francisco: Derecho y Proceso. Librería Bosch, Barcelona 1979- pp. 41-42

adaptándola a la situación concreta en que se desenvuelve. Es más, a veces, las condiciones sociológicas priman sobre las demás y modifican incluso la recta aplicación del proceso en su juridicidad. Sin embargo, pese a la consistente fundamentación doctrinaria elaborada para la adopción del término proceso, el término procedimiento, de origen francés, conserva una vieja y tenaz vitalidad, tal como lo demuestra la existencia de códigos adjetivos que siguen denominándose código de procedimientos e incluso ley de enjuiciamiento civil, como en el caso de España.<sup>22</sup>

Finalmente podemos señalar que el proceso judicial puede ser estudiado y clasificado a través de diversas variables, temática en la que no nos detendremos por corresponder su estudio a la teoría general del proceso. Sin embargo, limitándonos al proceso civil señalamos que entre las variables de mayor empleo figuran las siguientes: estructura, finalidad, la existencia o no de conflicto entre las partes, puede ser simple o complejo. Son el tipo de tutela reclamada y la naturaleza de la pretensión los que determinan la naturaleza de la vía procedimental. La pretensión del actor y la tutela jurisdiccional pueden ser de naturaleza cognitoria, ejecutiva y de cautela; los procesos civiles, por reflejo, reciben las mismas denominaciones.

## **2.4.- El Proceso Civil**

El maestro Chiovenda, padre del procesalismo italiano propone el concepto matriz del proceso civil a partir del cual se han elaborado

---

<sup>22</sup> En la exposición de motivos de la LEC (fundamento IV) se explica esta posición al decir que “se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así por ejemplo se siguen utilizando los términos juicio y proceso como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos pretensión o pretensiones y en otros el de acción o acciones

diversas definiciones; afirma este jurista que el proceso civil es —el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.<sup>23</sup>

Las propuestas conceptuales posteriores se caracterizan por poner mayor énfasis en el interés público o en el privado o en ambos a la vez, tal como lo veremos a continuación. Por su parte Carnelutti define al proceso civil como aquella operación mediante la cual se obtiene la composición del litigio.<sup>24</sup>

El proceso civil – según Ugo Rocco - es el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil o sea el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas<sup>25</sup>.

Eduardo Couture enfatiza que la idea del proceso es necesariamente teleológica; por consiguiente, si no culmina en la cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento.<sup>26</sup>

Desde una visión integral en la que confluyen tanto el interés público como el privado Jaime Guasp<sup>27</sup> define al proceso como aquella —institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de

---

23 CHIOVENDA GIUSEPPE: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol.I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p.37

24 CARNELUTTI FRANCESCO: Sistema de Derecho Procesal Civil. T.I. UTHEA Argentina 1944. p.49

25 ROCCO UGO: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.I. TEMIS – DEPALMA 1976, p. 114

26 COUTURE Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. DEPALMA, Buenos Aires 1973, p.122.

27 GUASP DELGADO Jaime: Derecho Procesal Civil. T-I. Editorial Civitas, Madrid 1998, p.42

pretensiones, cuando estas pretensiones, por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado. Enrique Véscovi, define al proceso como —el conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etc.) y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica...”<sup>28</sup> .

Adhiriéndose a la propuesta conceptual de Eduardo Couture, el profesor san marquino Jorge Carrión Lugo<sup>29</sup> concibe al proceso como una serie de actos que se desenvuelven y se producen progresivamente, con el fin de resolver mediante un juicio de autoridad un conflicto de intereses sometido al conocimiento y decisión del titular de la decisión. Por ello que la idea de proceso no se queda en la simple secuencia de actos sino que persigue la solución del conflicto, mediante una resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada.

Por nuestra parte, tomando en cuenta las definiciones de grandes especialistas en materia procesal, podemos definir al proceso civil como aquel conjunto de actos concatenados entre sí, realizados por los sujetos de derecho para la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva, expresada en la solución de un conflicto de intereses o la eliminación de una incertidumbre jurídica, la declaración (adquisitiva, modificativa o extintiva) de un derecho, la imposición de un deber de prestación (dativa, conservativa o transformativa), la realización de derechos contenidos en títulos ejecutivos o de ejecución y el

---

28 VÉSCOVI Enrique: “Teoría \_General del Proceso” Edit. Temis Bogotá, 1984, p.103

29 CARRIÓN LUGO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil. T-I. Editora Jurídica Grijley, 1ª. Edición, Lima-Perú, 2000, p.148.

aseguramiento o cautela de pretensiones definitivas o situaciones cautelables.

#### **2.4.1.- Finalidad y Objeto del Proceso Civil**

En la doctrina encontramos posiciones contrarias en relación a la finalidad del proceso, especialmente el civil. Pues, para un sector de estudiosos el proceso constituye una institución del derecho privado. Para ellos, el proceso tiene por finalidad decidir conflictos producidos entre los particulares y conciben al proceso como la discusión que sostienen las partes con arreglo a las normas sobre sus respectivos derechos y que termina con una decisión del organismo encargado de dirimir la controversia . Según este criterio doctrinario, cuya concepción es claramente privatística del proceso, éste es una contienda entre particulares, en la que el interés público solo interviene para imponer ciertas normas que aseguren un correcto debate, una adecuada libertad para aportar las pruebas y una justa decisión.

El jurista Chiovenda objeta esta posición sosteniendo que esta manera de considerar el proceso es inexacta, porque puede haber una decisión sobre la controversia sin que exista proceso, como es el caso del arbitraje; puede haber proceso sin controversia, como son aquellos que se siguen en rebeldía del demandado; puede haber proceso sin definición de controversia, como ocurre en los casos de los procesos de ejecución.

En contra de la posición expuesta surge la concepción publicística del proceso, según la cual el proceso es un instrumento que la Ley pone en manos del Juez para la actuación del derecho objetivo. Conforme a esta tendencia, el derecho a hecho que se le atribuya al Juez una función

pública encaminada al mantenimiento del orden jurídico determinado en el derecho objetivo; considera que los conflictos que se producen en la sociedad son fenómenos sociales, cuya justa solución interesa a la colectividad para restablecer el orden alterado .

Como una posición ecléctica surge una tercera, como la concepción de Chiovenda, para quien el proceso tiene por propósito la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo y en su regulación debe tenerse en cuenta tanto el interés privado de los litigantes como el interés público del Estado en el mantenimiento del orden jurídico.

Y como señala el doctor Carrión Lugo<sup>30</sup> no puede negarse que en el proceso civil, que normalmente se inicia a instancia de parte, éste busca la satisfacción de un interés particular o individual mediante al tutela jurisdiccional, en tanto que el Juez persigue la satisfacción de un interés público, abstracto, actuando el derecho objetivo al caso concreto propuesto. Entre los sujetos del proceso, el Juez y las partes, ciertamente, no existe una desvinculación total. Y a manera de conclusión señala el mismo autor, que el proceso tiene las dos finalidades: satisfacer un interés público y componer el litigio particular .

Y respecto al Objeto del Proceso está constituido por la o las pretensiones procesales que se han planteado con la demanda. La pretensión procesal es el derecho subjetivo del sujeto, sustentado en el derecho objetivo, hecho valer mediante la demanda y su contestación. Sobre la pretensión procesal es que redunde la controversia entre las partes. No se podrá concebir el proceso si no existiera pretensión

---

30 CARRIÓN LUGO, Jorge: Análisis del Código Procesal Civil. T-I. Editora Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, Pág. 139-140.

procesal. No interesa que al final del litigio se desestime la aspiración procesal; lo que interesa es que el proceso se ha iniciado y se ha generado con la demanda, con la que exclusivamente se plantean las pretensiones procesales. No se puede plantear una demanda por plantear si no es para hacer valer determinadas pretensiones procesales.

#### **2.4.2.- Clasificación del Proceso Civil**

La clasificación del proceso civil, puede efectuarse a partir de diversas variables, nos limitaremos a aquellas relacionadas con nuestra legislación, la finalidad y la estructura del proceso.

##### **A) Según el CPC**

I.- Procesos Contenciosos:

1. Proceso de conocimiento
2. Proceso abreviado
3. Proceso sumarísimo
4. Proceso cautelar
5. Proceso único de ejecución

II.-Procesos no contenciosos

##### **B) Según su Finalidad:**

- 1.- Proceso de Conocimiento
- 2.- Proceso Ejecutivo
- 3.- Proceso Cautelar

Ahora bien, con la Ley N° 29057 del 29 de junio de 2007 y posteriormente con en el Decreto Legislativo N° 1069 del 28 de junio de 2008, se modificó sustancialmente los procesos del Código Procesal Civil, estableciéndose el Proceso Único de Ejecución prescindiendo de

cualquier clasificación en base a los títulos a ejecutarse y de la existencia de audiencias; sin embargo sobrevivió la subdivisión de los procesos declarativos: **a)** Conocimiento; **b)** Abreviado; y **c)** Sumarísimo, que a continuación desarrollamos cada uno de ellos<sup>31</sup>:

#### **2.4.2.1. El Proceso de Conocimiento**

Es el proceso modelo por excelencia debido a que su tramitación es de ampliación extensiva a todas aquellas controversias que carezcan de un trámite específico, inclusive se aplican supletoriamente a los demás procesos (ejecutivos, cautelares, etc.). Se caracteriza por la amplitud de los plazos de las respectivas actuaciones procesales en relación con los otros tipos de procesos declarativos. Además la naturaleza de las pretensiones que en él se puedan ventilar – complejas y de gran estimación patrimonial- refleja su importancia dentro de contexto jurídico. Este proceso tiene por finalidad (típico de los procesos declarativos) la dilucidación y declaración de parte del órgano jurisdiccional del contenido y alcance del estado o situación jurídica sustantiva existente entre sus titulares a través del desarrollo sucesivo de determinados actos jurídicos procesales enmarcados dentro de una normatividad específica. Los supuestos en los cuales proceda la tramitación de los procesos de conocimientos se encuentran contemplados en el artículo 475° del Código Procesal Civil.

La competencia para este tipo de procedimientos corresponde exclusivamente a los Jueces Civiles y los Juzgados de Familia, según la materia a que se refiera la pretensión.

---

31 CALDERON SUMARRIVA. Ana y AGUILA GRADOS, Guido. Balotario Desarrollado para el Examen del CNM-EGACAL. Escuela de Altos Estudios Jurídicos. Pag. 207

De otro lado, cabe precisar que en los procesos de conocimiento es posible la interposición de cuestiones probatorias, medios de defensas (excepciones y cuestiones previas), reconvencción, y se ofrezcan otros medios probatorios al invocarse en la demanda o reconvencción con hechos nuevos. Los plazos para las actuaciones que correspondan en este proceso se encuentran contemplados en el artículos 478° del Código Procesal Civil.

#### **2.4.2.2.- El Proceso Abreviado**

Es aquel proceso en el que los plazos y formas son breves y simples, y que a diferencia con el proceso de conocimiento, en este proceso se encuentran las actuaciones procesales en un número menor. En ese sentido, tanto el saneamiento procesal como la fijación de puntos controvertidos se realiza mediante un auto. En este caso, las cuestiones probatorias, medios de defensa (excepciones y cuestiones previas), reconvencción, y el ofrecimiento de medios probatorios al invocarse hechos no expuestos en la demanda o reconvencción; son procedentes eventualmente. Los plazos para este tipo de procesos se encuentran contemplada en el artículo 491° del Código Procesal Civil. Las pretensiones procedentes en este proceso se encuentra enumeradas en el artículo 486° del Código Procesal Civil.

#### **2.4.2.3.- El Proceso Sumarísimo**

Es el proceso contencioso de duración muy corta donde se dan una serie de limitaciones, y cuya finalidad es precisamente abreviar su tramitación; reservando a aquellas controversias en las que sea urgente la tutela jurisdiccional o su monto uno supere los límites establecidos por Ley ( monto mínimo). Se caracteriza por la reducción de los plazos y la

concentración de las audiencias en un sola, denominado audiencia única. Lo que significa que tanto la de saneamiento procesal como la fijación de puntos controvertidos y pruebas se realizan en audiencia única. Las pretensiones que se dilucidan en este tipo de procesos se encuentran señaladas en el artículo 546° del Código Procesal Civil, y los plazos -para la realización de los actos procesales – en al artículo 554° del mismo cuerpo normativo. En este tipo de proceso, tienen competencia: los jueces civiles ( en aquellos asuntos que no tengan vía procedimental propia, sean inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez lo considere atendible); Los juzgados de familia ( todos los asuntos relativos al Código de los Niños y Adolescentes y sobre Derecho de Familia); y los Jueces de Paz( los asuntos cuya estimación patrimonial no sea mayor de diez URP, puesto que de ser mayor el monto de la pretensión, será competentes los Jueces de Paz Letrado, hasta veinte URP).

Y según la modificatoria realizada por Ley N° 30293, en este tipo de procesos no son procedente la Reconvención y los Informes sobre los Hechos; empero si resulta a partir de la modificatoria el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y las disposiciones contenidas en los Artículos 428° (modificación y ampliación de la demanda), 429° ( medios probatorios extemporáneos) y 440° ( Hechos no invocados en la demanda).

## 2.5.- La Tutela Ordinaria

### 2.5.1.- Conceptos Necesarios

Desde el punto de vista histórico los estudiosos del del Derecho Procesal han encontrado el origen de la Tutela ordinaria en el *Solemnis ordo iudiciarius* que diera lugar al proceso ordinario declarativo, que apareció en Las Partidas y a partir de allí se construyó el ordenamiento procesal, en el cual las partes tenían a disposición amplios medios de defensa y ataque sin limitación, por lo que el juicio se convirtió en lento, complicado y formalista.

Conforme lo señala el jurista MONTERO AROCA<sup>32</sup> el juicio ordinario en sus inicios históricos era *ordinario y plenario*, lo primero, porque por intermedio de él los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, siendo esta tutela de carácter general, la tutela contraria era la especial. En cuanto a la segunda, indica que no existían limitaciones de alegaciones de las partes para someter al órgano jurisdiccional el conflicto que lo separa, no había limitación de la prueba, no tenía cognición limitada el órgano jurisdiccional a un aspecto parcial de litigio, por lo que la sentencia desplegaba todos los efectos propios de la cosa juzgada material. Lo contrario a ella era la tutela sumaria.

Por su parte SERGIO SOUZA<sup>33</sup> manifiesta que las modalidades tradicionales de tutela jurisdiccionales, según la teoría trinaría, son tres: de conocimiento, de ejecución y cautelar. En lo que respecta a aquella, obtenida por vía proceso de cognición, las más efectivas son las

---

<sup>32</sup> MONTERO AROCA, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional. Parte General. 10Ma Edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Tomo II. Pág. 160

<sup>33</sup> SOUZA XAVIER, SERGIO. "Consideraciones sobre la Tutela Jurisdiccional Diferenciada". Extraído de Internet en [www. Jus. Com.br](http://www.Jus.Com.br).

declarativas y las constitutivas y las de menor eficacia son las condenatorias, que necesitan no sólo de medios hábiles de garantía (tutela cautelar), sino también para compeler a la parte vencida a fin de que esta cumpla la decisión judicial, por medio de la actividad coercitiva del Estado (tutela ejecutiva) en caso no haya un pago espontáneo. Agrega que respecto al proceso de conocimiento que tiene por finalidad o deslinde la concesión o no de tutela condenatoria caracterizada por la utilización de cognición en toda su profundidad, ello debido al hecho de necesidad que exista seguridad jurídica, caracterizada por el instituto de la cosa juzgada. En resumen un proceso que apunta a la condenación o la absolución, para el cumplimiento de una obligación, necesita de un análisis profundo de todos los hechos, de manera detallada, evitando injusticias de daños a la parte vencida.

En el proceso de conocimiento señala PEDRO SAGÁSTEGUI siguiendo la orientación de la doctrina Italiana, encontramos a los proceso declarativos, caracterizados porque la finalidad de la acción es que el Juez se pronuncie sobre una relación jurídica existente, pero sobre la cual las partes están en desacuerdo, sea en su términos, como alcances correspondientes, actuando el Juez despejando la incógnita, definiendo el derecho, a la vez que determinando que tal declaración sea respetada en definitiva. Así tenemos que preferentemente tramitado un juicio ordinario<sup>34</sup> para que se declare el derecho sobre la propiedad de un bien o la declaración de tales o cuales derechos<sup>35</sup>.

---

34 Acorde con la Enciclopedia Jurídica Omeba el *vocablo juicio ordinario* se desdobra en *juicio* que connota la idea de *litigio, contienda o cuestión suscitada entre partes*, así se lo define como "la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente; o sea, la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante el Juez competente que la dirige y determinación con su decisión o sentencia definitiva". De la palabra *Juicio* se deriva la de *enjuiciamiento*, la cual ha sido sustituida modernamente por la de *proceso*, la cual rebasa el ámbito del litigio que es una de sus especies. En cuanto a la expresión *ordinario*, según su etimología deriva de *ordo-inis*, "orden" u "ordenamiento", y según lo anota COUTURE "originariamente el

Según SATTÁ el término cognición (proceso de cognición) corresponde el más modesto y claro del viejo código “orden y forma de juicios”. El cambio deriva de las elaboraciones doctrinales (CHIOVEDA), y quiere marcar una especie de contraposición al proceso de ejecución. Se trata de contraposiciones formales que no ofrecen ningún interés, porque entre los dos términos no hay homogeneidad alguna. En sustancia el término cognición es adoptado como sinónimo de juicio<sup>36</sup>.

La Tutela ordinaria o tutela de cognición, es un mecanismo que de por siempre han utilizado los ordenamientos procesales, dentro de la cual se han estructurado etapas, por las cuales se requieren pasar de manera obligatoria, con preclusión cada una de ellas, pero de necesario tránsito, concluyendo finalmente con la decisión final, con la que el Juez luego de un largo tiempo de debate se genera convicción o certeza de la materia controvertida y resuelve el conflicto, se genera la cosa juzgada y se pasa luego a la ejecución de la misma, siempre que se trate de una sentencia que contiene prestación vinculada a una obligación de dar, hacer o no hacer, esto es de una sentencia de condena.

Sobre los grados de cognición que puede realizar un Juez, nos informa PÉREZ RAGONE indicando a la *cognición superficial*: donde hay un simple juicio de verosimilitud *stricto sensu*, verbigracia, el caso del

---

orden de los hilos en la urdimbre, término de la vida rural que, como tantos otros, pasó al lenguaje común y al jurídico en Roma”. Se agrega en esta Enciclopedia que por el *proceso de cognición* se obtiene la declaración de la Ley aplicable a uno o varios hechos concretos.

Presupone duda o incertidumbre acerca de la existencia del derecho que se cuestiona en el caso singular y la sentencia que en él se dicta (de declaración de mera certeza, constitutiva o de condena), satisface plenamente la necesidad de certeza jurídica. Tomo XVII. Editorial Bibliográfica Argentina. Págs. 428-429. Sobre el término *juicio* también nos menciona CARDOSO HURTA señalando que el vocablo juicio, proviene del latín *iudicium*, y que en ámbito procesal tratándose de juicios contenciosos significa que “es el que se sigue ante el Juez sobre derechos o cosas que varias partes contrarias litigan entre sí”. CARLOS CARDOSO HUERTA en “Juicio Ordinario” extraído de Internet en [www.universidadabierta.edu.mx](http://www.universidadabierta.edu.mx).

35 SAGÁSTEGUI ARTEAGA, PEDRO. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Parte General. 4ta. Edición. Lima, Editorial San Marcos, 1987. Pág. 223.

36 SATTÁ, SALVATORE. *Manuel de Derecho Procesal Civil*. Bs. As., Editorial Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971. Volumen I. Pág. 255

grado necesario para hacer lugar a una demanda. Cognición sumaria: donde hay un grado más profundo, cual es un juicio de verosimilitud posible, verbigracia, en la concesión de una cautelar. Cognición sumaria profundizada: donde el grado es el de la verosimilitud probable o certeza probable o sucedánea (fuerte probabilidad), verbigracia, el juicio valorativo de otorgamiento de una medida autosatisfactiva, y cognición exhaustiva: donde el grado exigido es la certeza, verbigracia, la requerida en la sentencia final. Clara este Autor que no debe confundirse “técnica de cognición” con “procedimientos de conocimiento”, que son la organización ritual del proceso de conocimiento: ordinario, sumario, sumarísimo<sup>37</sup>

El Jurista DANTE BARRIOS DE ANGELIS haciendo un análisis respecto de la estructura del proceso de conocimiento e involucrando la ejecución y las cautelares precisa que la doctrina utiliza las expresiones “proceso de conocimiento”, “proceso de ejecución” y “proceso cautelar” para calificar determinados tipos de procesos vivos, o de procesos en abstracto-meras descripciones que figuran en los textos o efectivas entidades ideales. Tales calificaciones son, esencialmente, de orden funcional, y no estructural; significan, rectamente, rectamente, que el proceso considerado tiene como finalidad última, ya la satisfacción ejecutiva (proceso de ejecución), ya la modalidad cautelar de las funciones principales (proceso cautelar)<sup>38</sup>.

Por su lado el jurista LINO ENRIQUE PALACIO señala que el proceso de declaración, llamado también de *conocimiento* o de *cognición*, es

---

37 PÉREZ RAGONE, ALVARO J.D. “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio” en *Sentencia Anticipada, despacho interino de fondo*. Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 240

38 BARRIOS DE ANGELIS, DANTE. *Teoría del Proceso*. En Maestros del Derecho Procesal. Montevideo-Bs. As, Editorial Julio César Faira Editores, 2002, Pág. 234.

aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el Órgano Jurisdiccional dilucide o declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcances de la situación jurídica existente entre las partes. El contenido invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en ese tipo de proceso se haya representado por una *declaración de certeza* sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor. Cuando a ese contenido se une la integración de una relación jurídica, o la imposición al demandado de una determinada prestación (de hacer o no hacer) se configuran sentencias denominadas, respectivamente, *determinativas o de condena*<sup>39</sup>.

El Profesor CAIRO ROLDÁN señala que la tutela jurisdiccional ordinaria o clásica está dirigida a satisfacer la necesidad de certeza en la solución de determinadas relaciones jurídicas. Para conseguir esta finalidad se crearon procedimientos dentro de los cuales el juzgado está en aptitud de asumir un conocimiento pleno de los hechos presentados por las partes.

Pero su larga duración conduce, frecuentemente, al menoscabo o incluso a la eliminación de la efectividad material del resultado contenido en la sentencia, pues esta forma de tutela privilegia el principio de la “seguridad jurídica” con sacrificio del valor “eficacia”. La vía procedimental típica de la tutela jurisdiccional clásica es el “procedimiento ordinario” o “proceso de conocimiento”, y suele ser

---

39 PALACIO, LINO ENRIQUE. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Décimo Séptima Edición Actualizada. Bs. As., Editorial Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, 2003. Pág. 76 y 77.

utilizada como instrumento para hacer efectivos los derechos de contenido patrimonial<sup>40</sup>.

Dice GUASP: “La clasificación verdaderamente importante del proceso civil hay que obtenerla, pues, a base del análisis de la actuación a que el proceso tiende (por su función); aquí se ha de partir de una diferenciación esencial, pero esta conducta es fundamentalmente diversa según que lo pedido sea una declaración de voluntad del Juez o una manifestación de voluntad: el primer caso, en que lo pretendido es que el Juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes, de un modo simplemente jurídico, se diferencia fácilmente del segundo en que lo que se pide al Juez es una conducta distinta del mero declarar, puesto que se pide que intervenga entre las partes de una manera física: basta para afirmar esta diferencia comparar la distinta actividad del órgano jurisdiccional cuando emite una sentencia que cuando entrega un bien al acreedor: si lo pedido es una declaración de voluntad, el proceso civil se llama de cognición; si lo pedido es una manifestación de voluntad, el proceso civil se llama de ejecución”.

## **2.6.- La Tutela Diferenciada**

### **2.6.1.- Consideraciones Generales**

El doctor Hurtado Reyes señala<sup>41</sup> , que el Estado como ente privilegiado y excluyente para el otorgamiento de tutela jurisdiccional a través de sus Jueces, cada vez soporta más el embate de la complejidad de los

---

40 CAIRO ROLDÁN, CAIRO. “La naturaleza procesal del amparo”. En *Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal organizado por la Universidad de Lima*. Lima, fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002.

41 HURTADO REYES, Martín. Tutela Jurisdiccional Efectiva. Palestra . Primera Edic. Abril 2006. Pag. 111-112

conflictos intersubjetivos que derivan del sustrato social, para el otorgamiento de esta tutela jurídica se vale siempre del proceso. Sin embargo asistimos hoy a una realidad donde el fenómeno social ha superado los instrumentos procesales que utiliza el Estado para otorgar tutela de manera **eficaz, adecuada y oportuna** .

Esta visión problemática de la falta de mecanismos adecuados para solucionar situaciones nuevas que exigen atención rápida y prioritaria han generado preocupación en la doctrina y jurisprudencia para proponer nuevas herramientas procesales que hagan eficiente el servicio de justicia, ante el pedido de tutela jurisdiccional por situaciones que exigen también una solución eficaz y sin dilaciones. Acorde con estas circunstancias la doctrina, la jurisprudencia y el complejo proceso de reformas legislativas han apuntado siempre a proporcionar instrumentos procesales adecuados, de ahí la preocupación de proponer la vigencia de la Tutela Urgente Cautelar, la Tutela Anticipativa, la Tutela Preventiva, las Medidas Conminatorias, las Medidas Cautelares Innovativas, la Ejecución Anticipada de la Sentencia apelada, la Tutela Urgente Satisfactiva, entre otras.

### **2.6.2.- Sobre la Tutela Diferenciada**

La locución **Tutela Jurisdiccional Diferenciada** fue inicialmente cuñada por PROTO PISANI y sirve para indicar a la reunión de varios procedimientos estructurales a partir de peculiaridades de ciertas categorías de situaciones sustanciales de naturaleza plenaria o sumaria (cautelar o sumaria) que se presenta como una de las vertientes para sintonizar la justicia civil con las garantías procesales<sup>42</sup>.

---

42 LEITE, GISELE. Apreciación sobre la acción monitoria. Extraído de Internet en [www.mundojuridico.adu.br](http://www.mundojuridico.adu.br). También en *Genesis Revista de Derecho Civil*. Curitiba (24): 281-9, enero-marzo/2002.

**EDUARDO CAMBI** enseña que el proceso judicial sirve para reducir la complejidad de la causa, permitiendo la participación de los litigantes en el debate del procedimiento y de esta manera funcionando como importante mecanismo de legitimación del ejercicio jurisdiccional. No es al azar que los legisladores modernos estén cada vez más preocupados en *crear procedimientos diferenciados*, adaptados a la más adecuada, eficaz y rápida tutela de los derechos materiales. En ese orden de cosas, los procedimientos pueden ser comparados con las medicinas: para cada enfermedad una medicina apropiada existe para curar el problema de salud, una pastilla sola que soluciona todos los dolores no existe, del mismo modo, para cada causa, es posible vislumbrar un mecanismo más eficiente para la solución de controversias jurisdiccionales.

Por su parte RODRIGO DE CARVALHO precisa que la ***Tutela Jurisdiccional Diferenciada*** es un factor decisivo para la efectividad de la prestación jurisdiccional (proceso). Se trata aquí de adoptar la propia prestación jurisdiccional a sus instrumentos, al objetivo deseado, como esta varía en cada situación prestada al órgano jurisdiccional, no se justifica mantenerla e inflexible<sup>43</sup>.

El Jurista PÉREZ RAGONE<sup>44</sup> entiende el término “tutela” no como un complejo institucional o de difícil comprensión, sencillo, en su prístino

---

43 El mismo RODRIGO DE CARVALHO citando a MARINONI y ARMELIN expresa lo siguiente: “según el entendimiento de LUIZ GUILHERME MARINONI, *tutela diferenciada significa*, en cierto sentido, tutela adecuada para la realidad del derecho material. Si cierta pretensión del derecho material está involucrada en una situación de emergencia, la única forma de tutela adecuada de esta pretensión es aquella que puede satisfacerla con base en cognición sumaria”. Agrega que “como observa el Profesor DONALDO ARMELIN, *esas formas especiales de tutela jurisdiccional*, que para algunos constituye la mayor novedad científica del campo del proceso civil, tiene en cuenta la naturaleza de los derechos planteados y los mecanismos necesarios para su efectiva satisfacción”. RODRIGO DE CARVALHO en la “Tutela Jurisdiccional Diferenciada como medio eficaz de adaptación de prestación jurisdiccional”. Extraído de Internet en [www.neofito.com.br](http://www.neofito.com.br).

44 PÉREZ RAGONE, ALVARO J.D. “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria” en *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*. Lima. Estudio Monroy Abogados, diciembre de 2001

significado; protección, resguardo, defensa, entiéndase por tal como todos los medios, facultades, haz de herramientas que el derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia, este haz puede tener un origen inmediato en la ley. Señala asimismo que resulta reiterado el sentido y finalidad en toda la elaboración de lo necesario para resguardar con efectividad el derecho material. PÉREZ inclusive propone una clasificación de tutela: a) la autotutela y b) heterotutela (de acuerdo a si la afectivización del derecho la hace el sujeto por si y ante si o si por el contrario, recurre a las instituciones del Estado). De esta última distingue a b.1) vías ordinarias y b. 2) vías diferidas. En el caso de estas últimas según se verifique o no estos aspectos corresponden a una y otra, uno negativo y otro positivo: el positivo tiene calidades de diferenciación en los elementos subjetivos de legitimación (Vg. Interés Difuso) u objetivos de materia (medida anticipatoria) o de resultado o de alcance (alcance erga omnes de la cosa juzgada), agrega que habrá diferenciación o calificación por alguna de las tres esferas descritas; el negativo según que entren o no en el proceso ritual tradicional de conocimiento.

Por otro lado el doctor Hurtado Reyes, refiere que en un trabajo anterior<sup>45</sup> compartieron los apuntes iniciales del doctor MONROY GALVEZ sobre la tutela diferenciada, quien enseña que, precisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria así como manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su comportamiento con hacer efectivos los

---

45 HURTADO REYES, MARTÍN. *Embargo en Inmueble Registrados y No Registrados*. Lima, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, 2000. Páginas 18.

distintos derechos materiales que, como ya se expresó, había desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas más expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela diferenciada. **A criterio del Jurista MONROY forma parte de la tutela diferenciada:** la tutela diferenciada preventiva, la tutela inhibitoria, la tutela urgente cautelar y tutela urgente satisfactiva, aunque también la integra la tutela anticipatorio, la sentencia impugnada.

En cuanto la ***Tutela Diferenciada Preventiva***<sup>46</sup> es señalada como aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidad específica eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias de hacer o de no hacer no susceptibles de ser satisfecha por reparación patrimonial, es decir de prestaciones fungibles. La primera hipótesis referida a la finalidad de eliminarla incertidumbre jurídica no se enmarca necesariamente en el ámbito contemporáneo de la de la tutela diferenciada, en tanto tiene manifestaciones a través de instituciones de inicio de un proceso de naturaleza abiertamente contencioso, empezando otro en donde, sin perjuicio de que también se presente conflicto, éste se deslice por el ámbito de la determinación de la existencia jurídica del derecho a su contenido; la segunda, referida a la forma de tutela específica emanadas de la sentencia que contiene una obligación de hacer o de no hacer de naturaleza infungible, recibe el nombre de *tutela inhibitoria*<sup>47</sup> (definida con la prestación jurisdiccional de

---

46 El tema de la tutela preventiva fue tratado oportunamente por CALAMANDREI sosteniendo que en ciertos casos de la tutela jurisdiccional ordinaria puede asumir carácter preventivo, explica que la tutela jurisdiccional en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar *a posterior* con la finalidad de evitar la lesión de un derecho de la que existe amenaza todavía no realizada. CALAMANDREI, PIERO. *Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Bs. As, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

47 Sobre el particular MARINONI propone que si es imprescindible una tutela dirigida únicamente contra la probabilidad de la práctica del ilícito, es también necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela. Es preciso construir, en otras palabras, un procedimiento que culmine en una sentencia que ordene, bajo pena de multa y que admita una tutela

naturaleza específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva).

En sede nacional la tutela inhibitoria concedida como una forma contemporánea de prevenir lo ilícito, no está regulada, las normas del Código Procesal Civil referidas a las obligaciones de hacer o de no hacer conservan el esquema clásico de la sustitución reparadora. Sin embargo consideramos que la situación descrita no obsta en absoluto para que, siguiendo la ruta del uso del tópico constitucional, se considere procedente se pedido. En este caso MONROY se refiere al artículo III del Título Preliminar del Código Adjetivo con el cual se permite la incorporación, a la actividad jurisdiccional de aspecto de la doctrina y la jurisprudencia procesales cuando la norma nacional presente un vacío, como en el caso de la tutela inhibitoria. En cuanto a la *tutela urgente*<sup>48</sup> tiene por objetivo neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela del proceso. A este efecto la referida tutela se puede clasificar en: a) *tutela de urgencia cautelar*, y b) *tutela de urgencia satisfactiva*.

Por su parte el magistrado OBANDO BLANCO precisa sobre la *tutela diferenciada* “la doctrina procesal contemporánea con visión de futuro

---

anticipatoria de la misma naturaleza. Además de esto, continua, como es necesario separar una tutela contra el ilícito, se requiera la reconstrucción de este concepto (lo ilícito), que no puede ser más comprendido como sinónimo del hecho dañoso. La tutela inhibitoria, destinándose a impedir la práctica de lo ilícito, su repetición o continuación, es esencialmente preventiva, ya que siempre mira al futuro, se trata de una forma de tutela jurisdiccional imprescindible dentro de la sociedad contemporánea, en que se multiplican los ejemplos de derechos que no pueden ser adecuadamente tutelados por la vieja forma del equivalente pecuniario, la tutela inhibitoria, en otras palabras, es absolutamente necesario para la protección de lo llamados nuevos derechos. LUIZ GUILHERME MARINONI. “Tutela Anticipatoria” en *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre de 2001.

48 MABEL DE LOS SANTOS define a la tutela de urgencia como una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada cuya característica fundamentalmente consiste en el factor tiempo: se da prevalencia a la celeridad para asegurar con ello la utilidad del resultado, vale decir, la efectividad de los derechos sustanciales. A ese efecto el grado de conocimiento del Juez se reduce a la certeza provisional en la tutela anticipada o se posterga la bilateralidad en las autosatisfactiva, lo que permite acordar una tutela eficaz. MABEL DE LOS SANTOS “Conveniencia y necesidad de Legislar sobre las Tutelas de Urgencia” en *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre de 2001.

postula la regulación legislativa de nuevas formas de tutela jurisdiccional que han dado en llamarse “diferenciada” de la tutela ordinaria que se encuentra regulada por los ordenamientos procesales. Hay que empezar a pensar en un tipo de proceso que mire los derechos materiales<sup>49</sup>.

De otro lado SERGIO SOUZA<sup>50</sup> respecto del vocablo **tutela jurisdiccional diferenciada** expresa que es *tutela jurisdiccional* porque es una actividad de cognición que un órgano jurisdiccional hace ante un caso concreto, produciendo efectos en el mundo real y es *diferenciada* porque posee características propias de ellas, con las que trata de llegar a los objetivos para la cual fue instituida; explica adicionalmente lo que caracteriza a la tutela jurisdiccional como diferenciada, indicando que demostrado quedó la ineficacia de las formas tradicionales de prestación de tutela jurisdiccional y la necesidad cada vez más urgente, de medios que posibiliten la concesión de providencias jurisdiccionales que puedan unir la efectividad y la celeridad, sin violar principios o derechos, sea constitucionales o legales, nace la tutela jurisdiccional diferenciada. Esta consiste en mecanismos de los cuales el Poder Judicial dispone para solucionar o proteger la solución de cuestiones que están en situaciones de emergencia o urgencia, bien como de aquellas que por su naturaleza, demandan mayor celeridad en su concesión. La Tutela jurisdiccional diferenciada trata de integrar el derecho material con el derecho procesal, garantizando a cada especie, de acuerdo con la necesidad y

---

49 OBANDO BLANCO, VICTOR ROBERTO. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia*. Lima, Editorial Palestra, 2001. Páginas 80-81.

50 SOUZA XAVIER, SERGIO. “Consideraciones sobre la Tutela Jurisdiccional Diferenciada”. Extraído de Internet en [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

en la medida de lo posible, una mayor eficacia, a través de la adaptación entre estos.

La finalidad de las tutelas diferenciadas es adecuar al sistema jurídico, de modo a proporcionar mayor rapidez, adecuación y eficacia a los derechos carentes de mayor celeridad en su prestación., con las que las formas tradicionales no han conseguido garantizar la tutela jurisdiccional de forma apropiada.

Desde ya podemos afirmar que la tutela diferenciada<sup>51</sup> es el instrumento de respuestas rápida la exigencia de tutela que no puede ser resuelta de forma adecuada, oportuna y eficiente por el órgano jurisdiccional utilizando la tutela ordinaria (proceso de cognición plena), pues de someter estos conflictos a la clásica tutela, puede producir que el interés o derecho que se pretenda proteger o hacer efectivo se perjudique de forma inexorable, tanto más si el factor *tiempo*<sup>52</sup> en la tutela ordinaria es necesario para lograr una decisión judicial con certeza, sin embargo en la tutela urgente es nocivo y perjudicial para la parte que requirió de tutela. MARIONI precisa que es posible distribuir el tiempo en el proceso

---

51 La expresión tutela diferenciada es una expresión altamente equívoca. Entendida literalmente ella significa que a la diversa necesidad de tutela debe corresponder formas diversas de tutela: de esta evidencia nadie ha dudado jamás; todo el sistema (o los sistemas) de nuestra materia ha sido construido sobre la base de esta premisa: y así, es distinta la cognición de la ejecución y, en ámbito de la cognición, son distintas las acciones (y las sentencias) de condena de las acciones de mera verificación y de las constitutivas; así como en el ámbito de la ejecución hay distinción entre ejecución forzada y expropiación forzada (a su vez subdividida según al especie del bien a expropiar) de la ejecución forzada por cognición o para la liberación de obligaciones de hacer o no hacer. Cognición Ordinaria y ejecución ha sido desde siempre contrapuestas a la tutela cautelar, a su vez subdividida según la especie de peligro en la demora que pretende neutralizar. PROTO PISANI ANDREA. "Sulla Tutela giurisdizionale differenziata", citada por JUAN MONROY GÁLVEZ "La Actuación de la Sentencia Impugnada" en *Tremis*, Revista de Derecho, Segunda Epoca/2001/ N°. 43.

52 La Proliferación de las tutelas sumarias no es nada más que un fenómeno oriundo de las nuevas exigencias de una sociedad urbana de masas que no admite más la morosidad jurisdiccional impuesta por la ordinariadad. El redescubrimiento de las tutelas sumarias anteriores a la Revolución Francesa, utilizando la vestimenta de la tutela cautelar, se produce debido a la no adaptación del sistema de distribución de justicia respecto de la evolución de la sociedad. El procedimiento ordinario, como puede apreciarse hace que la carga del tiempo del proceso recaiga únicamente sobre el actor, como si ésta fuese el culpable por la demora inherente al conocimiento de los derechos. Tal construcción ordinaria es completamente ajena a lo que ocurre en la realidad de la vida la lentitud del proceso puede significar angustia, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria. LUIZ GUILHERME MARINONI en la "Necesidad de distribuir la carga del tiempo en el Proceso" ponencia presentada en el XXI Congreso de Derecho Procesal celebrado en San Juan, Argentina los días 13 a 16 de Junio de 2001.

a través de procedimientos especiales las llamadas tutelas jurisdiccionales diferenciadas elaborados a partir de las técnicas del conocimiento.

Como podemos apreciar la tutela jurisdiccional diferenciada tiene como elemento principal al órgano jurisdiccional (teniendo el rol protagónico, el Juez), pues es netamente *actividad jurisdiccional*, como cualquier otra que realiza el magistrado en el día a día, la cual como sabemos se encuentra reservada concretamente al Estado y sin posibilidad de ser sustituida. Ahora, bien podemos decir que la Doctrina ha preferido denominarla *diferenciada*, pues tiene sustanciales diferencias con la tutela clásica que se otorga a través del órgano jurisdiccional, pues el objetivo ésta es otorgar tutela jurisdiccional a problemas que requieren de una atención urgente, prioritaria, célere y capaz de producir satisfacción inmediata a quién la postula.

La Tutela jurisdiccional diferenciada, se constituye hoy en día en un fenómeno novedoso y actual del Derecho Procesal que postula la configuración de una serie de mecanismos de otorgamiento de tutela jurisdiccional para situaciones que requieren una atención rápida, pues se encuentra en juego la posibilidad de verse afectados derechos materiales o de convertir en irreparable la situación que se pretende cautelar, sino se atiende de manera totalmente urgente. La tutela diferenciada, se presenta como una respuesta del Derecho Procesal a las nuevas situaciones complejas que se generan en la vida de relación del hombre, tomando en cuenta que la tutela ordinaria (proceso de cognición) no admite la posibilidad de una respuesta inmediata, sino más diferible en el tiempo.

Esto revela que el Derecho Procesal evoluciona y desarrolla una natural preocupación social (por el enmarañado y complejo mundo de las relaciones sociales del hombre moderno), pretende estar al servicio del hombre y presente para la solución de sus conflictos, tomando en cuenta que el proceso siempre será el mecanismo civilizado que utilizará el hombre para definir sus diferencias, teniendo siempre a un sujeto que decide los mismos, que es el tercero imparcial (Juez).

## **2.7.- La Tutela Preventiva**

### **2.7.1.- Ideas Preliminares**

El mismo doctor Hurtado Reyes, señala que <sup>53</sup> tradicionalmente la tutela que otorga el Estado a través de sus jueces nace del pedido de un justiciable, cuando se ha producido la lesión a un derecho de éste, convirtiéndose la tutela en este caso, en tutela resarcitoria. Bajo estas circunstancias la tutela del Estado busca la protección de los derechos violentados.

La idea de Tutela Preventiva es más bien evitar que la fractura, agravio o lesión de derechos se produzca, es decir esta tutela busca prevenir el fenómeno de la lesión de derechos, esto es, que la actividad de los jueces en vez de recomponer un conflicto, lo prevenga, asimismo evitar la repetición de la lesión de derechos.

La **Tutela Diferenciada Preventiva** se muestra pues, como un instrumento idóneo para que el Estado a través de sus jueces ejerzan prevención de conflictos, especialmente en el aspecto del derechos de daños a personas, al medio ambiente, derechos del consumidor, a

prevenir situaciones obstructivas en el proceso y en general en situaciones en las que sea posible prevenir la vulneración de derechos o la repetición de sta vulneración. Se trata de un otorgamiento de tutela “a priori y no posteriori”

### **2.7.2.- Conceptos**

LUIS GUILHERME MARINONI aborda el tema con la denominación de tutela inhibitoria o tutela de prevención de lo ilícito quien señala si es imprescindible una tutela dirigida únicamente contra la probabilidad de la práctica del ilícito, es también necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela, agrega que es preciso construir, en otras palabras, un procedimiento que culmine en una sentencia que ordene, bajo pena de multa, y que admita una tutela anticipatoria de la misma naturaleza. Señala MARINONI que lo *ilícito no lo debemos entender como sinónimo de hecho dañoso*, este tipo de tutela que impide la práctica de lo ilícito, su repetición y continuación, es esencialmente preventiva, ya que siempre mira para el futuro. Finalmente indica que se trata de una tutela jurisdiccional imprescindible dentro de la sociedad contemporánea, en que se multiplican los ejemplos de derecho que no pueden ser adecuadamente tutelados por la vieja forma de equivalencia pecuniaria, es absolutamente necesaria para la protección de los llamados nuevos derechos<sup>54</sup>.

Por su parte JORGE PEYRANO prefiere llamar a esta situación como tutela preventiva, dejando de lado la denominación inhibitoria, pues señala que su uso puede provocar equívocos que pueden hacer pensar

---

54 MARINONI, LUIS GUILHERME. “Tutela Inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N°. IV. Estudio Monroy Abogados. PÁG. 148 Y 149

que la función judicial preventiva postulada por vía de accesión sólo puede proteger a quien pretenda hacer cesar conductas que los puedan llegar a perjudicar. Define a la acción preventiva como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a parte de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella, de tener el éxito se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción<sup>55</sup>.

Por su lado RENÉ HERRERO señala que la tutela preventiva opera cuando existe riesgo inminente de daño irreparable, en cuyo caso como señala GELSI BIDART no sería congruente dejar que el perjuicio se consume para después repararlo, si era factible repararlo<sup>56</sup>.

Los juristas MONROY GÁLVEZ Y MONROY PALACIOS definen a la *Tutela Diferenciada Preventiva* como aquella actividad jurisdiccional que tiene por finalidades específicas eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias de hacer o de no hacer no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir de prestaciones fungibles, dentro de la cual ubican estos autores a la *tutela inhibitoria* la cual define como la prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destina a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por

---

55 PEYRANO, JORGE. W. "La acción preventiva". En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° VII. Estudio Monroy Abogados. PÁG. 363 Y 410.

56 HERRERO, LUIS RENÉ. "El derecho hacer oído. Eficacia del debate procesal". Ponencia general al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná, 12 al 14 de junio de 2003). Tomado de Internet en [www.patagonicolegal.com.ar](http://www.patagonicolegal.com.ar).

medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva<sup>57</sup>.

EUGENIO LLAMAS POMBO al escribir sobre la tutela inhibitoria del daño la define como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz del resultado<sup>58</sup>.

Coincidiendo con lo sostenido por el doctor Hurtado Reyes, podemos decir que la **tutela preventiva** no está referida al daño de manera directa sino a uno de sus presupuestos que es lo ilícito, entendida esta como la conducta que genera el daño, es decir el hecho dañoso propiamente dicho, esto es aquella conducta que contraviene el ordenamiento jurídico. Siendo ello así la tutela preventiva como su nombre mismo lo indica previene el daño y lo hace a través de la actividad jurisdiccional, es decir se trata de un acto jurídico procesal traducido en resolución judicial que ordena una obligación de hacer o de no hacer, buscando que no se produzca un daño cuya existencia es potencial o de evitar que se repita o continúe produciendo éste. La tutela preventiva busca sustancialmente modificar una situación de hecho determinada, que puede producir lesión a un sujeto o a un conjunto de

---

57 MONROY GÁLVEZ, JUAN y MONROY PALACIOS, JUAN. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada, apuntes iniciales. En *Revista Peruana de Derecho Procesal. N° IV*. Estudio Monroy Abogados. PÁG. 166.

58 LLAMAS POMBO, EUGENIO. "Tutela inhibitoria del Daño (la otra manifestación del derecho de daños)" en *Estudio Jurídico en Homenaje al Profesor Luis Diez Picazo*. Tomo II. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003. Pág. 2203 a 2225.

sujetos, en estos casos por lo general, como ya se ha señalado la actividad jurisdiccional se adelanta un acontecimiento del futuro que puede generar daño, evitándolo, protegiendo así los derechos e intereses de aquellos que pueden ser perjudicados en el futuro, pero igualmente esta tutela preventiva busca evitar el uso innecesario de la actividad jurisdiccional, en este caso, sirviendo para definir situaciones jurídicas inciertas, aunque en esta última situación se utiliza la tutela preventiva para evitar por ejemplo el inicio de este proceso judicial en el futuro, cuando la pretensión esté afectada por prescripción.

## **2.8.- Tutela Urgente Cautelar**

### **2.8.1.- El Proceso Cautelar**

Debemos iniciar haciendo una pregunta ¿en realidad es un proceso o es solo un procedimiento?, y de acuerdo a lo sostenido por el doctor Hurtado Reyes<sup>59</sup> considera que se trata de un procedimiento con vinculación estrecha al proceso principal en el que se discute una pretensión que se debe resolver en la sentencia, procedimiento que tiene por objetivo justamente el de garantizar lo que se resuelva en el proceso del cual es dependiente.

Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil ha regulado el denominado proceso cautelar, al cual se le puede entender como el conjunto de procedimientos autónomos pero a la vez instrumentales, que ayudan al justiciable a asegurar el resultado del proceso principal, en el cual destacan las Medidas Cautelares, denominadas por la doctrina contemporánea como Tutela Urgente Cautelar.

---

59 Hurtado Reyes, Martín. Estudios de Derecho Procesal Civil. Editorial IDEMZA Tomo II. Pág. 679-680

Pese a que nuestro Código Procesal Civil y algunos autores nacionales hacen referencia al vocablo proceso cautelar para referirse al procedimiento al que se deben someter las medidas cautelares, debemos indicar que en la procesalística actual ya no se hace diferenciación o clasificación por el concepto de “proceso”, sino más bien por el de “Tutela”, así encontramos a la tutela de cognición, a la tutela de ejecutiva, a la tutela cautelar, entre otros.

Señala el mismo autor Hurtado Reyes, que actualmente se ubica la Tutela Cautelar dentro de la categoría de Tutela Urgente, la cual es una especie de la llamada Tutela Diferenciada. Desde esta nueva óptica es que la estudia el Derecho Procesal, como un mecanismo de Tutela Urgente que busca lugar contra el tiempo del proceso, teniendo un carácter asegurativo de lo que se debe decidir en la resolución final del proceso, buscando dar plena eficacia a las resoluciones judiciales. Por lo cual, el Tribunal Constitucional ha señalado que “es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una Tutela de Urgencia, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas” STC N° 0023-2005-PI/TC.

### **2.8.2.- Tutela Cautelar y Eficacia**

Las Medidas Cautelares han propiciado a lo largo de su vigencia numerosos estudios doctrinarios que han generado su desarrollo y difusión.

El valor eficacia ha jugado un papel importante y ha pergeñado estudios destacados que han ayudado al desarrollo de las medidas cautelares,

siendo la piedra angular que valiéndose del proceso busca la aplicación justa y equitativa de las decisiones judiciales. ES un nuevo valor de la escala axiológica que le incumbe al proceso nos dice Peyrano, al referirse al valor eficacia, quien lo define como la traducción axiológica de una realidad que no pasa desapercibida ni aun por el menos avisado, concluyendo que el proceso es un organismo teleológico<sup>60</sup>.

A su momento el profesor Juan Monroy al referirse al valor eficacia relacionado con la medida cautelar advierte que resulta imprescindible que el proceso cuente con un instituto que permita asegurar que la duración del proceso no convierta en ilusorio el cumplimiento del fallo definitivo. Este instituto no es otro que la medida cautelar. Como se advierte, éste se encuentra íntimamente ligado al valor eficacia en el proceso civil. Apreciamos en concreto la finalidad de dicho instituto<sup>61</sup>.

Como hemos señalado las Medidas Cautelares han basado su desarrollo en la existencia del “proceso” aliado a los valores de “justicia” y “eficacia”. Por tanto, siempre encontramos una conexión entre el llamado proceso principal y proceso cautelar y entre ellos existe un elemento que los convierte en inescindibles: el Tiempo.

No cabe duda que la Tutela cautelar juega un papel preponderante en el proceso judicial, su misión principal es garantizar el resultado definitivo del proceso, es decir, sirve para hacer eficaz la decisión obtenida, es el instrumento que hace viable la ejecución de lo decidido .

---

60 PEYRANO, Jorge Walter. Medidas Cautelares Innovativas. Ediciones Depalma. Bs. As. 1981. Pág. 07

61 MONROY GÁLVEZ, Juan. Temas del proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima 1987. Pág. 16

Por ello, se dice que la tutela cautelar se convierte en el menor instrumento del proceso para lograr la eficacia de lo que se decida en su interior.

### **2.8.3.- Aspecto Constitucional de la Tutela Cautelar**

Señala el doctor Martín Hurtado Reyes, que la Tutela Cautelar no es solo una institución procesal, sino que puede verse a la tutela cautelar desde la óptica del Derecho Constitucional, sobre todo desde el contenido del derecho fundamental de naturaleza procesal como es la tutela judicial definitiva. Si bien la Tutela Cautelar, no se encuentra regulada expresamente en la Constitución de 193 (artículo 139), ello no implica que no se pueda hacer una aproximación al estudio de la medida cautelar como un elemento integrante de la tutela judicial efectiva o como un verdadero derecho fundamental.

Así, se señala que la Tutela Cautelar es la que permite que el proceso logre eficacia (que la sentencia sea eficaz), es la tutela cautelar la que hace viable que la parte vencedora pueda ejecutar sin mayor contratiempo lo decidido en la sentencia, ello siguiendo la posición de que la medida cautelar sirve de función de garante de lo que se decida en la sentencia<sup>62</sup>.

Por lo cual se puede entender por un lado, a la medida cautelar como contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y de otro, se le puede estudiar como un verdadero derecho fundamental, el derecho a la tutela cautelar.

La primera posición la asume nuestro Tribunal Constitucional el que ha señalado que “ el derecho a la tutela judicial efectiva protege también *el*

***acceso a una medida cautelar*** y su mantenimiento, siempre y cuando ***no varíen los presupuestos que la han habilitado*** . En consecuencia, si dicha medida es dejada sin efecto de manera no conforme a derecho, es es, de manera contraria a la Ley, tal acto constituye una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva” (Fundamento 9 de la STC 06356-2006-AA/TC).

## **2.9.- La Tutela Urgente Cautelar**

### **2.9.1.- Concepto**

Se entiende por Tutela cautelar a la tutela que otorga el estado a través de sus jueces con la finalidad de asegurar que o que se decida con sentencia estimatoria firma tenga viabilidad para ejecutarse. De alguna manera este tipo de tutela esta pensada para evitar que le vencido en juicio pueda burlar lo decidido, de ahí su función de garante respecto de lo que resuelva en sentido estimatorio para una de las partes.

Sostiene el profesor Priori Posada que la Tutela Cautelar es una de las formas de tutela jurisdiccional que brinda el ordenamiento jurídico. En cuanto a las medidas cautelares señala que es 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. Por ello el órgano jurisdiccional que conoce del proceso cuya decisión se quiere garantizar (proceso principal), luego de evaluar si se presenta 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<sup>63</sup>

El Tribunal Constitucional por su parte ha señalado como mucha precisión que la tutela cautelar no se encuentra contemplada en la Constitución expresamente, “sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si a su vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta”.

Por lo cual estima que la “función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no solo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho”<sup>64</sup>

### **2.9.2.- Características de una Tutela Cautelar**

La Institución de la Tutela Cautelar como cualquier otra estructura jurídica cuenta con caracteres comunes y propios que la diferencia de otras, así tenemos:

---

63 PRIORI POSADA, Giovanni F. La Tutela Cautelar. Su configuración como Derecho Fundamental. Ara Editores. Lima 2006. Pág. 35-36

64 STC N° 0023-205-PI/TC

- a) Son Instrumentales
- b) Son Jurisdiccionales
- c) Son Provisorias
- d) Son Variables
- e) Son Revocables
- f) Son Discrecionales
- g) Implican Responsabilidad
- h) Están sujetas a caducidad
- i) Se dictan In Audita Altera Pars
- j) No generan Cosa Juzgada
- k) No constituyen un Prejuzgamiento
- l) Son conducentes
- m) Están sujetos a Ponderación

#### **2.9.2.1.- Instrumentalidad**

La Instrumentalidad en materia cautelar fue propuesta por Calamandrei, es una de las características de mayor aceptación en la teoría general de las medidas cautelares. Instrumentalidad significa accesoriedad, también se puede entender como subordinación, dependencia. En tal sentido se ha indicado repetidas veces en doctrina que las medidas cautelares son instrumentales en razón de que no constituyen un fin en sí mismas, sino que depende de otro proceso denominado principal, al cual sirven y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia de mérito que éste se expida<sup>65</sup>

---

65 CALAMADREI, Piero. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1945. Pág. 21-22

Que, el proceso no tiene un fin en sí mismo, sino que por el contrario, su objeto es servir de medio para la actuación de la ley material o como algunos suelen llamarlo, el derecho sustantivo.

Con ese mismo criterio podemos advertir que una medida cautelar esta siempre subordinada a un fallo definitivo. Hasta cuando precede al inicio del proceso principal, siempre la medida cautelar está existiendo en función del fallo definitivo, al que en muchos casos lo anticipa fielmente.

En otras palabras, si el fallo definitivo es el medio a través del cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz. En ese sentido, bien puede decirse que la medida cautelar es el Instrumento del Instrumento.

Lo expresado se puede entender también en términos de subordinación como lo hace Carnelutti: " la función del proceso cautelar no puede ser independientemente del proceso definitivo, ya que existe una situación de subordinación por la cual éste (el proceso definitivo) no supone la existencia del cautelar, pero éste (el cautelar) no puede aparecer sin aquel, o, por lo menos, sin la supuesta existencia o realización de aquel".

#### **2.9.2.2.- Jurisdiccionalidad**

Esta característica debemos entenderlo en dos sentidos. Por un lado, significa que una medida cautelar solamente emana o se origina en una decisión judicial. Estamos pues ante un acto jurídico procesal realizado por el órgano jurisdiccional, éste en un único origen. Por otro, debemos entender la jurisdiccionalidad recordando la finalidad abstracta de la

medida cautelar, esto es, el medio a través del cual el órgano jurisdiccional se convierte en eficaz.

El procesalista nacional Juan Monroy desde una visión bastante destacable aprecia esta característica en dos sentidos; precisa que la jurisdiccionalidad en las medidas cautelares, significa que éstas emanan o se originan en una decisión judicial, clasificándola como un acto jurídico procesal realizado por un órgano jurisdiccional. Por otro lado, que deben entenderse recordando la finalidad abstracta de las medidas cautelares, esto es, el medio a través de l cual el órgano jurisdiccional se convierte en eficaz<sup>66</sup>

Calamandrei citado por el Dr. Juan Monroy Gálvez, a propósito de la Jurisdiccionalidad dice: "La Tutela Cautelar es, en relación al derecho sustancial, un tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia".

### **2.9.2.3.- Provisionalidad**

El concepto provisional está íntimamente relacionado con el tiempo. Una Medida Cautelar tiene este rasgo en el sentido de tener una duración limitada en comparación con el proceso en que se ha expedido. Más aún, su provisoriedad está directamente relacionada con el fallo definitivo. Veamos expedida una' sentencia en donde la pretensión asegurada con la medida cautelar es rechazada; esta desaparece automáticamente. Si se presenta el otro supuesto, vale decir que la sentencia ampara la pretensión asegurada, entonces la medida cautelar también desaparece, esta vez para transformarse según su naturaleza,

sea en el inicio de un proceso de ejecución de sentencia o, en un medio de coacción al ejecutado.

El doctor Juan Mnroy, concluye que la provisoriedad como carácter de la medida cautelar se presenta en cuanto cumple con eliminar el peligor en la demora , ese es su fin. Asi también precisa que el vocable provosoruio incluye lo temporal, precisamente la medida cautelar es temporal en cuanto asume las caracterísitcas de una cláusula rebus sic stantibus, dado que en cualquier momento puede presentarse (probarse) hechos que persuadan al Juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar. Pero no solo es temporal, sino que además la medida cautelar se encuentra permanentemente a la espera que cualquier decisión futura varíe su estado<sup>67</sup>

#### **2.9.2.4.- Variabilidad**

Que, mucho antes que se declare el fallo definitivo, la medida cautelar pude sufrir modificaciones en cantidad o en calidad: En consecuencia la medida cautelar es variable.

Esta característica determina la razón por la cual al extensión (cantidad o calidad) de la medida cautelar es decidida por el Juez. La extensión de la medida es Independiente de la petición que se haga. El Juez está facultado para otorgar una medida cautelar que se adecue a la naturaleza del derecho que garantiza. Por así decirlo: el Juez expide una providencia cautelar a medida (proporcional) del proceso que corresponde. Lo expresado significa que cuantas veces cambie la situación que motivo la expedición de una medida cautelar de un determinado calibre o proporción, el Juez podrá modificarla.

Explica Monroy Palacios que la medida cautelar solo es variable en dos supuestos, originados en un mismo fundamento: a) cuando exista alteración de las circunstancias de 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 requiera de una mayor amplitud para continuar siendo eficaz o de su reducción para que no siga causando perjuicios innecesarios; o b) cuando exista una alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezca o se alteren los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida cautelar antes dictada. Ello sin mayor duda, deberá dar lugar al levantamiento de la medida otorgada, luego de que se haya escuchado la posición de ambas partes<sup>68</sup>.

#### **2.9.2.5.- Revocabilidad**

La Revocabilidad es una característica inherente a las medidas cautelares relacionada íntimamente con su carácter de provisoriedad. Precisa Serra Dominguez que la revocación de las medidas cautelares se deriva de su necesaria adaptación a la situación cautelada, pues de manifiesto en la relatividad de sus presupuestos esenciales, a pareciendo de derecho y peligro en la demora<sup>69</sup>.

Entonces revoca una medida cautelar significa dejarla sin efecto, cancelarla a pedido de parte o de oficio. Esta posibilidad no aparece expresamente regulada en el Código Procesal Civil ( es diferente a la variación), pero es posible realizar por el Juez cuando se puede verificar

---

68 MONROY PALACIOS, Juan. Op. Citada. Pág. 163-164

69 SERRA DOMINGUEZ, M. Medidas Cautelares, En la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XVI, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1978. Pág. 158.

que durante el trámite del proceso principal, la verosimilitud del derecho que sirvió para dictar la tutela cautelar se ha diluido por la prueba aportada por la parte contraria.

#### **2.9.2.6.- Discrecionalidad**

GOZANI al tratar esta característica apunta, que la libertad para decidir se da en dos planos, el de la seguridad del justiciable y de la eficacia del servicio jurisdiccional. Por tanto, la directriz que encomienda este principio, admite que las medidas cautelares que se requieren debe ajustarse a sus límites precisos, sin ocasionar daños innecesarios a la contraparte, y preservando la materialización de la ejecución en el supuesto hipotético que fuera necesaria<sup>70</sup>.

Esta facultad discrecional genera en el proceso civil la excepción de la aplicación del Principio de Congruencia Procesal contenido en el artículo VII del T.P. Del Código Procesal Civil, el cual se ejercita sin restricciones en el proceso civil ( proceso principal o de fondo), sin embargo en el otorgamiento de la Tutela Cautelar con la disposición contenida en el artículo 611 del Código Adjetivo, se dejan de lado los alcances de éste principio, pues si el Juez otorga un tutela distinta a la solicitada, no quebranta el principio de congruencia y la resolución no será nula, pues esta resolución no podrá ser calificada de *ciitra*, *extra* o *ultra petita*, pues con la facultad discrecional concedida al Juez no es admisible el cuestionamiento de la resolución por ser contraria al principio de congruencia.

---

70 GOZANI, Osvaldo Alfredo. Conveniencia de reformar el Sistema Argentino en materia de juicio ejecutivo". en [www.institutoderechoprocesal.org](http://www.institutoderechoprocesal.org)

### **2.9.2.7.- Responsabilidad**

Toda medida cautelar importa siempre la responsabilidad de quien la solicita, pero ésta se otorga según PODENTTI por cuante y riesgo de quien la pide. Sin embargo, esta característica se acreca también a uno de sus presupuestos de ejecución de las medidas cautelares: la Contracautela. Y la justicia procura mediante la Contracautela, asegurar la igualdad de los litigantes y descarta así su propia responsabilidad al hacer fe de la existencia del derecho que se quiere cautelar en base a una prueba sumarísima o sin ella<sup>71</sup>.

En el ordenamiento nacional, el artículo 621 del Código Procesal Civil, con el subtítulo de “Sanciones por medidas cautelares innecesarias o maliciosas”<sup>m</sup> ha recogido parcialmente esta característica, decimos que se ha considerado en forma parcial, pues se contempla únicamente el supuesto en que la demanda sea declarada infundada.

### **2.9.2.8.- Caducidad**

Conforme lo señala el doctor Hurtado Reyes, la doctrina continúa señalando a la caducidad como una característica de las medidas cautelares, no obstante que en nuestro sistema procesal se ha eliminado, conforme se desprende del contenido de la Ley N° 28473 que derogó el artículo 625° del Código Procesal Civil, aunque se ha mantenido específicamente para las medidas cautelares obtenidas fuera del proceso y las medidas cautelares dictadas en procesos regidos por el Código Procesal derogado.

---

71 PODENTTI, Ramiro J. Tratado de las Medidas Cautelares. Editorial Editar. 1956. Pág. 128

### **2.9.2.9.- Se dicta in audita altera pars**

La bilateralidad en el proceso presupone un equilibrio razonable con el que deben resolver las partes en el mismo, esencialmente busca darle al actor como al demandado las mismas oportunidades de defensa frente a cualquier acto jurídico procesal.

En las medidas cautelares esta bilateralidad no se aniquila, solo es desplazada – sin afectar la “par conditio”- por razones de urgencia y peligro en la demora en que se sustenta el pedido de cautela, lo que significa que la medida cautelar debe otorgarse sin hacerla de conocimiento ni oír previamente a su destinatario, esto evidentemente no altera el derecho de defensa de la parte afectada con la cautela. “El derecho de contradicción como manifestación del derecho de defensa no se desconoce, sino que este excepcional caso queda suspendido para hacer eficaz la ejecución de la medida”<sup>72</sup>. De esta manera la “in audita altera pars” faculta al Juez a tomar una decisión basándose solo en la información que prima facie le proporciona el requirente, para conceder o desestimar la medida de cautela.

### **2.9.2.10.- Cosa Juzgada**

En sede procesal suele distinguirse entre cosa juzgada formal y cosa juzgada materia; así respecto de la primera se dice que opera cuando la decisión judicial es inmutable dentro del proceso, no siendo susceptible de una nueva revisión intra proceso. La segunda se traduce en la inmutabilidad e irrevisabilidad de la decisión (res indicata). Coincidiendo con Devis Echeandía la Cosa Juzgada Formal contiene un contrasentido con el espíritu mismo del instituto, pues en realidad se habla de cosa

---

72 MONROY GÁLVEZ, Juan. Las Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Peruano. Lectura sobre Temas Constitucionales N° 03. Agosto 1989. Comisión Andina de Juristas

juzgada cuando en realidad no lo es. “ esto es, cuando se habla de simple cosa juzgada formal, se quiere decir que no existe cosa juzgada, lo que encierra una contradicción, pesar de lo cual la denominación ha sido utilizado por Carenelutti, Chioveda, Redenti, Calamandrei y otros y otros, los mismo que por la Corte Colombiana<sup>73</sup>. Sobre la inmutabilidad o no de las resoluciones cautelares existen dos corrientes, la primera defendida entre otros autores Guasap, Plaza y Manzanares Samaniego quienes no acogen la Tesis de la producción de la cosa juzgada material en las resoluciones cautelares y otra sustentada por Ortells quien afirma la inmutabilidad de sus efectos indicando que no es correcto afirmar la existencia de una contradicción entre resolución cautelar y cosa juzgada, pues ambas podrían coexistir.

Sin embargo coincidiendo con lo señalado por el doctor Hurtado Reyes, señala que la cosa juzgada en materia cautelar no es admisible, pues en cualquier momento puede modificarse o variarse lo decidido .

#### **2.9.2.11.- Prejuzgabilidad**

Eduardo Couture nos decía que las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionario<sup>74</sup>

Y como dice el doctor Hurtado Reyes, nuestro Código Procesal Civil recoge como característica de las medidas cautelares el prejuzgamiento (art. 612), nos permitimos desistir de esta posición, ya que consideramos que al emitirse una medida cautelar no se produce un “prejuzgamiento”, pues ello significa adelantar opinión sobre la fundabilidad o

---

73 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso Aplicable a toda clase de procesos. Editorial Universidad S.R.L.. Buenos Aires 1985. Tomo II. Pág. 566

74 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3ra. Edición. Depalma Buenos Aires, 1978. Pág. 326.

procedibilidad de la pretensión. Además por que éstas no siempre son una respuesta a la pretensión, pues puede ser denegada, admitida o adecuada por el Juez, buscando proveer al actor de las medidas que resulten más útiles y efectivas de acuerdo a las circunstancias que rodean al proceso.

#### **2.9.2.12.- Conducencia**

Las Medidas Cautelares deben ajustarse a la pretensión contenida en la demanda, por ello se que la Tutela Cautelar debe estar íntimamente ligada a las situaciones fácticas y jurídicas del proceso principal al que tienden asegurar.

Lo que significa una correcta adecuación entre la pretensión y la tutela cautelar autorizada. Así no será posible conceder una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un inmueble no inscrito<sup>75</sup>.

#### **2.9.2.13.- Ponderación**

Esta característica le exige una ponderación extrema al Juez, pues al pretender la cautela o aseguramiento en favor de un sujeto del proceso puede originar el perjuicio, desmedro o daño del otro. El fundamento de estas facultades radica en evitar que las medidas cautelares sean fomento de actitudes extorsivas, o abusivas, sin perjuicio de la flexibilidad que podnera el uso adecuado de la precautorias.

### **2.10.- Los Presupuestos**

Las medidas cautelares como cualquier institución de derecho para su procedencia están sujetas a elementos necesarios, estos requisitos resultan indudablemente imprescindibles para el otorgamiento o

---

75 HURATDO REYEZ, Martín. Estudios de Derecho Procesal Civil. Editorial INDEMSA. Lima. Pág. 735

denegatoria de una medida cautelar y a la vez se constituyen en una barrera que evita el abuso que de ellas pretendan hacer los justiciables y a la arbitrariedad del órgano jurisdiccional de concederlas indiscriminadamente.

Las medidas cautelares tienen requisitos o presupuestos sustanciales y presupuestos genéricos, de los cuales daremos algunos alcances en las siguientes líneas.

### **2.10.1.- Presupuestos Sustanciales**

En doctrina y legislación comparada existen criterios que al unísono reconocen como presupuestos sustanciales de las medidas cautelares a la clásica apariencia de buen derecho y peligro en la demora. Con estos requisitos aunque no en todos confluye la llamada contracautela o fianza.

#### **2.10.1.1.- Verosimilitud del Derecho Invocado**

Este presupuesto tiene origen en el Derecho Romano donde se le conoció con *“fumus boni iuris”* el mismo que se traduce como la apariencia o ropaje externo de derecho. Dicho en palabras simples este presupuesto obliga al Juez a determinar en un proceso de cognición sumario la comprobación de la existencia probable de esta apariencia de derecho<sup>76</sup>.

Sin embargo, coincidimos con algunos criterios de la doctrina seguidos por ARIETA y CALDERÓN en el sentido que si bien el Juez no debe buscar la certeza, tampoco se debe quedar en la superficie “se trata en sustancia de comprobar que el derecho cautelable puede

razonablemente y con toda probabilidad ser reconocido en la sentencia del proceso principal”.

Ahora bien, “*fumus boni iuris*” está conformado por dos elementos diferenciados: *la situación jurídica cautelable* que tiende a establecer cuales son las situaciones jurídicas que presentadas ante el Juez deben ser materia de cautela y su *acreditamiento* es decir como es que el Juez debe llegar al convencimiento de la “existencia de verosimilitud o probabilidad del derecho”.

En esta misma línea el profesor Priori Posada expresa que el juicio de fundabilidad de la pretensión no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada. Así, el juicio de certeza propio de l proceso principal, se le opone el juicio de probabilidad propio del proceso cautelar<sup>77</sup>

#### **2.10.1.2.- Peligro en la Demora**

Este presupuesto está íntimamente ligado al peligro inminente y objetivo que puede generar la demora del Juez en establecer la certeza del derecho invocado. Aquí se evidencia como diría CALAMANDREI “la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo”<sup>78</sup>.

El “*periculum in mora*” según CALAMANDREI “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que

---

77 PRIORI POSADA, Giovani. La Tutela Cautelar. Su Configuración como Derecho Fundamental. Ara Editores, Lima 2006. Pag. 73

78 CALAMANDREI, PIERO, Op. Citada. Pág. 15.

puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario...”.

Nuestra legislación recoge el “peligro en la demora como un elemento sustancial de las medidas cautelares (Art. 611 C.P.C.), si en embargo para nuestro codificador, no es ésta la única posibilidad por la que se hace necesaria la expresión de una cautela, existe una fórmula más amplia facilitando el acceso a las medidas cautelares cifradas en el Código de una forma escueta como “*cualquier otra razón justificable*” (Art. 611 C.P.C.), lo que significa que en algunos casos esta “*razón justificable*” puede desplazar al *periculum in morao* convivir con ella. Así será cuando al solicitar una medida cautelar se alega una situación de inminencia de un perjuicio irreparable (Art. 682 y 687).

### **2.10.1.3.- Contracautela**

La contracautela nace entonces, para dar respuestas al principio de igualdad procesal y al de bilateralidad, pues hace viable la cautela solicitada por el actor y asimismo reconoce en favor del demandado la posibilidad de resarcimiento si el derecho alegado no es tal.

La Contracautela, conocida en derecho comparado como *finanza* o *caución* resultando algo así como “el *contrapeso* a la propia cautela, evitando peticiones injustificadas y respondiendo de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse con una adopción ilícita”<sup>79</sup>. GOZANI prefiere llamarle *reaseguro* del sujeto pasivo de la medida cautelar.

Debemos señalar que la contracautela sí constituye un presupuesto de las medidas cautelares, sin embargo debemos dejar aclarado que éste es un *presupuesto de ejecución y no de procedencia* de las medidas

cautelares, esto significa que el Juez de la causa al momento de emitir la cautela, sólo debe calificar para la procedencia de la medida cautelar los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora, no así la contracautela, pues ésta sólo debe ser exigida al beneficiario con la cautela, sólo cuando se va a producir la ejecución de la misma. En el derecho comparado, la contracautela se ha configurado como presupuesto de ejecución, no obstante nuestra legislación, mantiene a este presupuesto como de procedencia. En nuestro ordenamiento la contracautela funciona como un presupuesto esencial de la medida cautelar, teniendo los caracteres de *exigible* (necesidad de ofrecerla al solicitar la medida) .

En nuestro ordenamiento la contracautela funciona como un presupuesto esencial de la medida cautelar, teniendo los caracteres de *exigible* (necesidad de ofrecerla al solicitar la medida)<sup>80</sup>, *discrecional* (*a priori* es el Juez quien la fija determinando su naturaleza y quantum, teniendo la tarea de establecer con firmeza su proporcionalidad garantizando seriamente la eventual responsabilidad que le corresponda al actor para solventar los daños y perjuicios) y actuando de forma *autónoma*<sup>81</sup> respecto de los otros presupuestos necesarios en todas las cautelas (es decir que no sustituye ni complementa al *fumus boni iuris* y la *periculum in mora*, pues la dación de la medida cautelar presupone la existencia de los tres requisitos).

---

80 GOZAINI sostiene una posición contraria, manifestando que la contracautela “es una condición previa a la ejecución de la medida, no así de su admisibilidad o procedencia”. Esta concepción se aparta de la característica de exigibilidad de la contracautela al dictar la cautela abriendo la posibilidad de su exigencia pre-ejecutiva de la misma. GOZAINI, OSVALDO ALFREDO. Op. Citada. 805.

81 La tesis contraria es sostenida por la Legislación Procesal Alemana al determinar la procedencia del Arresto la *einstweilige Verfügung* en la que se produce la sustitución del presupuesto de la contracautela por el *fumus boni iuris*.

## **2.10.2.- Presupuestos Genéricos:**

### **2.10.2.1.- Necesidad de un Procesal Principal**

A decir del doctor Hurtado Reyes, este presupuesto invoca la necesidad de un proceso existente o posible de existir, dada la accesoriedad de la medida cautelar. Es en este proceso donde se discutirá la cuestión de fondo.

El legislador nacional al parecer se acoge a esta tesis al ratificar la instrumentalidad de la medida cautelar anterior al proceso a la existencia futura ( 10 días de ejecución) de un proceso donde se discuta la cuestión de fondo ( Art. 636).

### **2.10.2.2.- Competencia:**

Basados igualmente en la característica de instrumentalidad, subsidiaridad o accesoriedad, en materia cautelar el Juez competente para dictar medida cautelar será aquel que debe emitir pronunciamiento sobre la pretensión contenida en el proceso principal.

### **2.10.2.3.- Legitimación**

La legitimación activa en materia cautelar le corresponde a quien es o vaya a ser parte actora en el proceso. En sentido contrario opera la legitimación pasiva – destinatario de la medida- ya que le corresponde a quien es o será demandada en el proceso (art. 608).

Podetti, al respecto sostiene que la legitimación sustancial activa y pasiva, necesaria para evitar en el proceso principal o definitivo, es la que debe exigirse en el procedimiento cautelar<sup>82</sup>

## **2.11.- Definiciones de los Términos Conceptuales**

A continuación vamos a describir los principales conceptos que tienen relación con la presente investigación:

**2.11.1.- Asuntos de Familia e Interés de Menores:** Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ello.

**2.11.2.- Frustración:** Debe entenderse a la postergación de un nuevo proyecto de vida, que siente un cónyuge ante la lentitud de los procesos judiciales de Separación ó Divorcio.

**2.11.3.- Medidas Cautelares Para Futura Ejecución Forzada:** Son aquellas que como son nombre lo indica, tiene por finalidad facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada. Específicamente la medida cautelar impide que los bienes que van estar sujetos a una futura ejecución, se dispersen o se desaparezcan.

**2.11.4.- Medida Anticipada:** Se refiere cuando el Juez, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva.

**2.11.5.- Medida Fuera De Proceso:** Ejecutada la Medida antes de Iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez.

**2.11.6.- Medida Temporal Sobre El Fondo:** Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o 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 decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

**2.11.7.- Medida Innovativa:** 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.

**2.11.8.- Medida de No Innovar:** Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso.

**2.11.9.- Medidas Provisionales Previas:** Debe entenderse a los efectos que se generan como consecuencia del rompimiento de la relación conyugal, respecto a los cónyuges, los hijos y los bienes, que deben solicitarse antes de interponer la demanda de separación de cuerpos y divorcio ante los Órganos Jurisdiccionales.

**2.11.10.- Medidas Provisionales Simultáneas:** Debe entenderse a los efectos que debe producirse por imperio de la Ley por la sola admisión de la demanda de Separación de Cuerpos o Divorcio.

## **2.12.- Bases Epistémicas**

### **DOCTRINA JURIDICA**

#### **2.12.1.- Doctrina Tradicional**

La mayor parte de los autores reputan la separación de cuerpos como una forma de divorcio. Este tiene dos formas: el divorcio absoluto y el

divorcio relativo. Divorcio relativo se le identifica con la separación de cuerpos.

En ese sentido, la separación de cuerpos es una forma de divorcio, por eso explica Guillermo Borda<sup>83</sup>, que esta palabra tiene dos acepciones distintas. Se designa así a la simple separación de cuerpos (DIVORTIUM AD THORUM EL MENSAM) que no disuelve el vínculo ni autoriza por tanto a contraer nuevas nupcias; o bien al divorcio absoluto, con la disolución del vínculo, posibilidad de contraer nuevo matrimonio y de engendrar hijos legítimos.

De este modo, a la separación de cuerpos se le conoce con la denominación de divorcio relativo y al divorcio vincular con el nombre de divorcio absoluto. La doctrina más actualizada considera que debe distinguirse ambas situaciones, la primera, evidencia una crisis matrimonial aún no disuelta, porque es posible todavía su renormalización y, la segunda, como a la destrucción del vínculo conyugal en forma definitiva.

### **2.12.2.- Doctrina Moderna**

La doctrina más reciente, en cambio, considera la separación de cuerpos como una institución absolutamente independiente de la figura del divorcio. En este sentido, muestra solo el decaimiento conyugal y no precisamente su terminación o disolución, por eso, podría ser tomado como una causa de divorcio o como un medio para llegar a él, pero no como el divorcio mismo.

Por esta razón, el autor del libro de Familia, explica que la separación de cuerpos, no significa el olvido del interés público, ni la supeditación de

---

83 BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires., 1984.

este a la conveniencia privada, sino una razonable conciliación de ambos en cuanto ella es posible; deja abierta la vía hacia el restablecimiento de la normalidad conyugal, si los cónyuges, después de un periodo de separación liman sus diferencias y llegan al convencimiento de que la cohabitación les ofrece ventajas que no habían apreciado suficientemente bajo la influencia de resquemores a veces minúsculos; e impide que el pretexto de una supuesta o magnificada incompatibilidad de caracteres, que no se ha tratado de salvar honesta y lealmente, o de una situación de convivencia interesadamente casi como insostenible, oculte en el fondo el propósito de romper un vínculo para crear otro con distinta persona.

El fundamento de la separación de cuerpos, para el mismo autor, se halla en el surgimiento de graves obstáculos opuestos al cumplimiento de los fines del matrimonio que no solo puede ser lícita, sino que incluso llega a ser necesaria y obligatoria. En cambio, para Díez-Picazo y Gullón<sup>84</sup>, se halla en el surgimiento de una causa legítima, que son determinados hechos a los cuales el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la facultad de reclamar la separación.

### **2.12.3.- Posición del Código Civil**

El Código Civil de 1936, como se tiene dicho, reconoció la separación de cuerpos como una forma de divorcio. Precisamente el artículo 269 prescribía que el divorcio podía limitarse a la separación de los casados y pese por las causas enunciadas en el artículo 247 y también por mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

---

84 **DIEZ-PICAZO**, Luis y **GULLON**, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Pag 31. Madrid. 1986.

Pero, el vigente código civil regula la separación de cuerpos como una institución independiente del divorcio, por consiguiente, en la actualidad ya no es posible referirse al divorcio relativo y al divorcio absoluto como a las dos caras de una misma moneda, sino simplemente como a instituciones autónomas. La primera, expresa el decaimiento matrimonial y, el segundo, la disolución del vínculo conyugal, respectivamente.

Por último, resta decir que el Código anterior se adhiere a la doctrina tradicional; mientras que el Código actual a la doctrina moderna.

#### **1.12.4.- Diferencia entre la Separación de Cuerpos del Divorcio**

La separación personal o separación de cuerpos busca obtener el cese de la obligación de los esposos de “cohabitar” (vivir juntos) pero no disuelve el vínculo matrimonial, por lo que los “separados” siguen legalmente casados. Distinto es el caso del divorcio que sí disuelve el vínculo matrimonial y hace posible que los ex esposos puedan casarse nuevamente. Tanto en el caso de la separación personal como en el divorcio, finaliza el régimen de gananciales y los bienes que los esposos hayan adquirido durante su matrimonio deben dividirse o en todo caso debe realizarse un acuerdo sobre su destino.

La sentencia de separación personal puede obtenerse por mutuo acuerdo de los esposos (Art. 333 inciso 13) luego de haber estado casados por lo menos dos años. Si desearan que la sentencia de separación se convierta en divorcio, al cabo de seis meses de obtenida la misma, cualquiera de ellos puede pedirle al Juez que se convierta en sentencia de “divorcio”.

El divorcio no puede ser de mutuo acuerdo sino que primero tiene que obtenerse la separación personal.

La separación personal y el divorcio pueden obtenerse por “la separación de hecho” (Art. 333 inciso 12); en el lenguaje popular se ha llamado a esto “separación o divorcio automático”. Si los esposos han estado separados por dos años, cualquiera podría demandar ante el Juez ya sea la separación personal o el divorcio. Este plazo se eleva a cuatro años si existieran hijos menores de edad.

En los procesos por “separación de hecho” el juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación así como la de sus hijos. Así mismo podrá señalar una indemnización por daño u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal<sup>85</sup>. Todo esto porque independientemente de que el Juez admita la existencia de la separación de hecho, cualquiera de los cónyuges puede alegar que no dio causa a la separación, con el propósito de que se preserven sus derechos a recibir beneficios propios del que gana un juicio de separación o divorcio por cualquiera de las causales del Art. 1 al 11 del Artículo 333 del Código Civil.

---

85 **CABELLO**, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima. 1999.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLÓGICO

#### 3.1.- Tipo y Nivel de Investigación.

##### 3.1.1.- Tipo de Investigación

El tipo de investigación se caracteriza por ser Descriptiva y Explicativa, por lo ha permitido describir y explicar la situación real de la incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio en el Proceso Civil Peruano.

##### 3.1.2.- Nivel de investigación

El presente trabajo de investigación por sus características constituye una investigación descriptiva y explicativa.

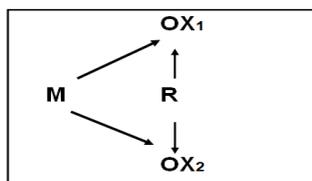
#### 3.2.- Diseño y esquema de la investigación

Por el diseño es DESCRIPTIVO CORRELACIONAL, porque en una primera parte se describe el problema materia de investigación y luego se procede a la corrección de las variables en estudio.

Se Observa y describe variable X1

Se Observa y describe variable X2

Se Observa y describe relación X1 - X2



### **3.3.- Población y Muestra**

#### **3.3.1.- Población**

La población objeto de estudio es conformada por personas involucradas con el tema de investigación por su tarea cotidiana y por reunir características que constituyen elementos de estudio; como son Magistrados de los Juzgados de Familia de Coronel Portillo y Yarinacocha y Campo Verde, y Fiscales de las Fiscalías de Familia de Coronel Portillo, Yarinacocha y Campo Verde, y Abogados Especialistas en Derecho de Familia; que significa (100%)

#### **3.3.2.- Muestra**

Se utilizará el muestreo NO PROBABILÍSTICA Tipo: Aleatorio simple o al azar y estratificado.

Unidad Muestral: El 25% de la Población

**10 Fiscales Especializados de Familia**

**10 Jueces Especializados de Familia**

**05 Abogados Litigantes Especializados en Derecho de Familia**

### **3.4.- Técnicas de Recojo, Procesamiento y presentación de Datos**

#### **3.4.1.- Técnica de análisis documental:**

Según Héctor Martínez Ruiz y Elizabeth Ávila Reyes esta técnica “Se basa principalmente en el trabajo de archivo, que consiste en la consulta de fuentes escritas (libros, periódicos, diarios, etc.)”.

Como podemos visualizar, siendo nuestra investigación de tipo descriptivo, en su nivel básico o pura, razón por la que nos desprendemos de aplicaciones prácticas, la técnica de análisis documental se enmarca convenientemente al proceso de nuestra investigación en vista que

... se justifica por su utilidad, que se traduce en la optimización de los esfuerzos, la mejor administración de los recursos y la comunicabilidad de los resultados.<sup>86</sup>

### **3.4.2.- Estudio de Documentos**

Como fuente muy valiosa, en este caso, la incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio en el Proceso Civil Peruano, en relación al título de investigación, nos ayudará a entender el fenómeno central de estudio: sobre cómo funciona y qué experiencias negativas o positivas se tiene como resultado de su uso.

### **3.4.3.- Entrevistas**

Es necesario obtener referencias sobre la incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio en el Proceso Civil Peruano.

- ✓ Concepción personal del instituto.
- ✓ Opinión personal sobre el cumplimiento del programa.
- ✓ Sugerencias sobre el procedimiento del programa.

**Cuyo cuadro resumen es lo siguiente:**

<b>TECNICAS</b>	<b>INSTRUMENTOS</b>
De la Recolección de la información.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichas Bibliográficas.</li> <li>• Referencias de información</li> </ul>
Del Procesamiento y análisis de la información.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuadros de Tablas estadísticos</li> <li>• Escala de Logro y deficiencias</li> <li>• Ponderaciones.</li> <li>• Promedio.</li> <li>• Proporciones (%)</li> <li>• Gráficos Estadísticos.</li> <li>• Ratios de comparaciones.</li> </ul>
De la Redacción del informe.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Esquema del informe estratégico</li> <li>• Módulos de investigación.</li> </ul>
De la Exposición y sustentación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Equipo de proyección.</li> <li>• Equipo de sonido.</li> <li>• Software.</li> <li>• Protocolo de Exposición de tesis.</li> <li>• Protocolo de sustentación de tesis.</li> </ul>

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

#### **4.1.- Resultado de Trabajo de Campo con Aplicación Estadística y Mediante Distribución de Frecuencia y Gráficos.**

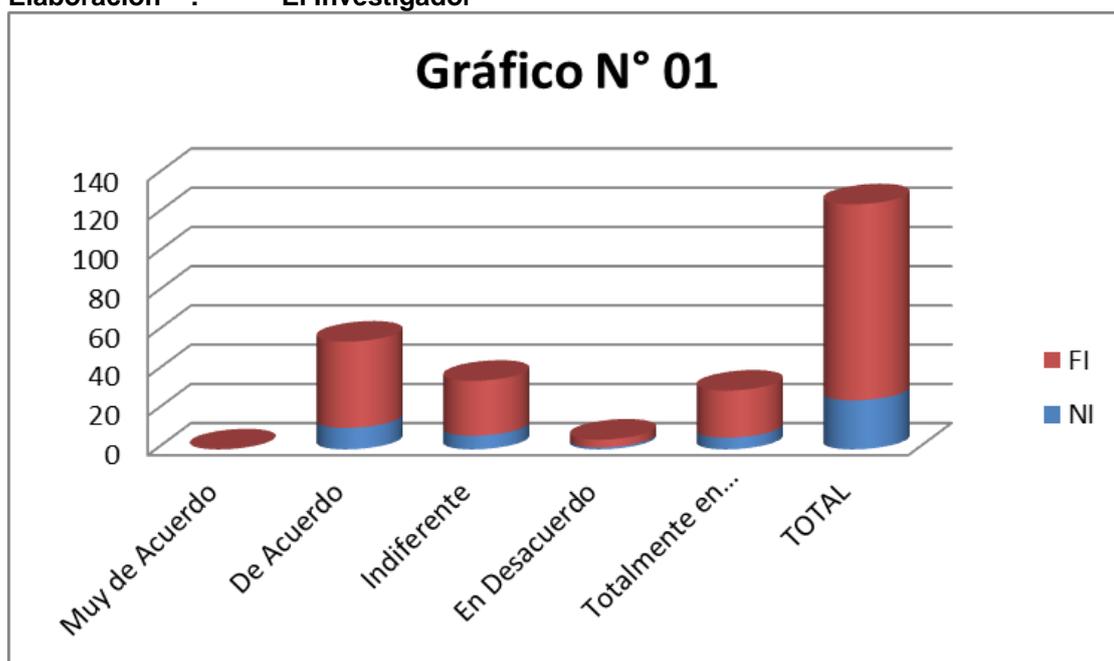
Los resultados se han obtenido en base al cuestionario aplicado sobre la incorporación de las medidas provisionales previas o simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio en el Proceso Civil Peruano, la misma que ha sido organizada, tabulada y sistematizada en las tablas de frecuencia simple, e interpretada y analizada, en base a ella, y de esta forma se ha determinado los diversos niveles que a continuación se presentan en los gráficos.

CUADRO N° 01

¿Las Medidas Previas y Simultaneas es una modalidad de Tutela Diferenciada para solucionar provisionalmente los problemas conyugales?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	7	28.00
	En Desacuerdo	1	4.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

Fuente : Encuesta Aplicada

Elaboración : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

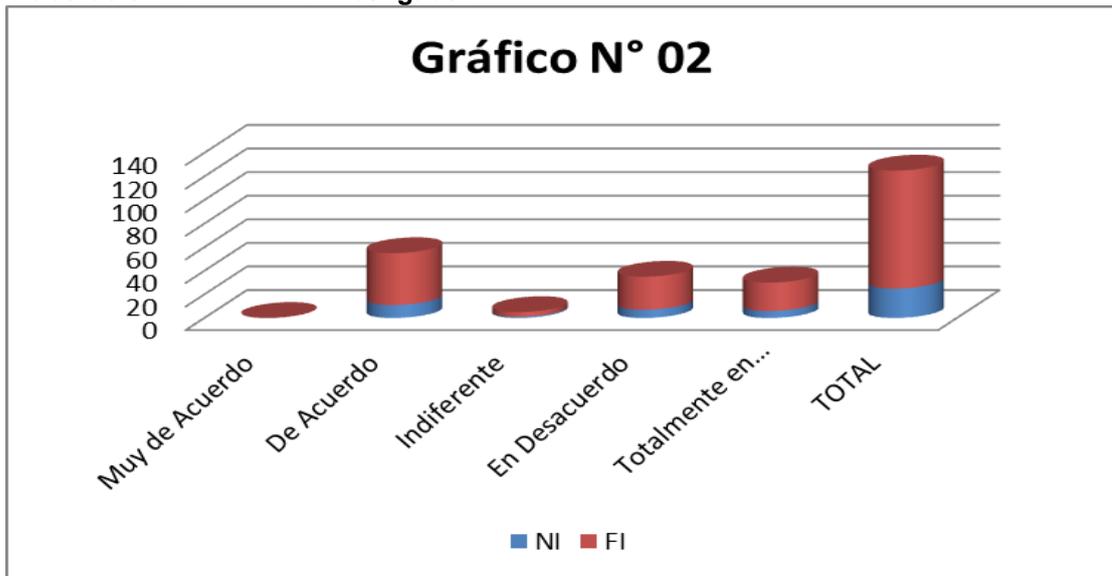
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 28.00% Indiferente, 4.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

**CUADRO N° 02**

¿Las Medidas Previas y Simultáneas es una modalidad de Tutela Satisfactiva para solucionar provisionalmente los problemas conyugales?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	1	4.00
	En Desacuerdo	7	28.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

**Fuente** : Encuesta Aplicada

**Elaboración** : El Investigador



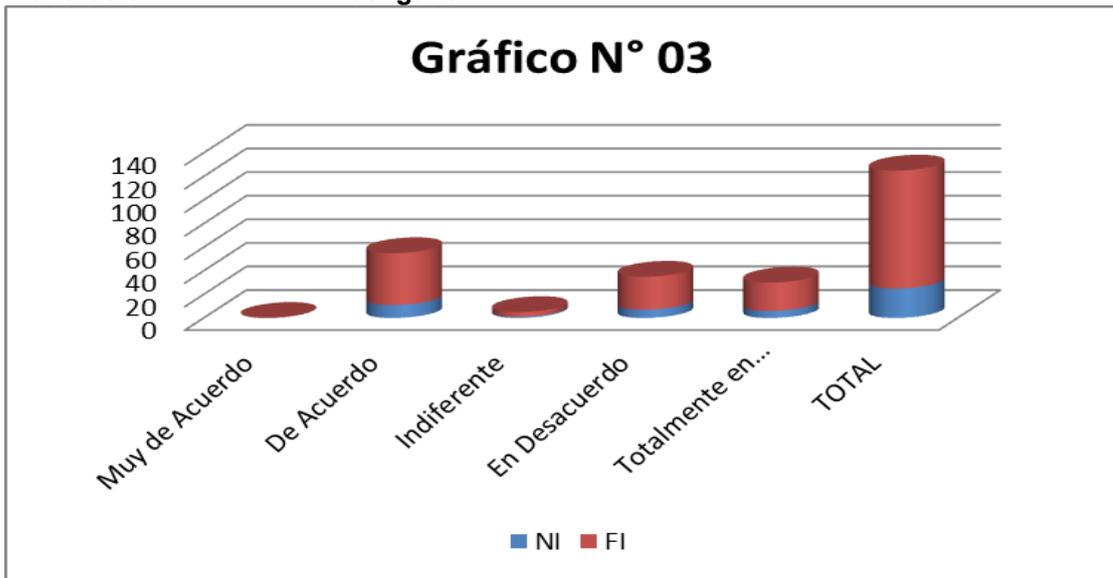
### INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 4.00% Indiferente, 28.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

**CUADRO N° 03**

¿Las Medidas Previas y Simultáneas es una modalidad de Tutela Anticipativa para solucionar los problemas conyugales?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	1	4.00
	En Desacuerdo	7	28.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

**Fuente** : Encuesta Aplicada  
**Elaboración** : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

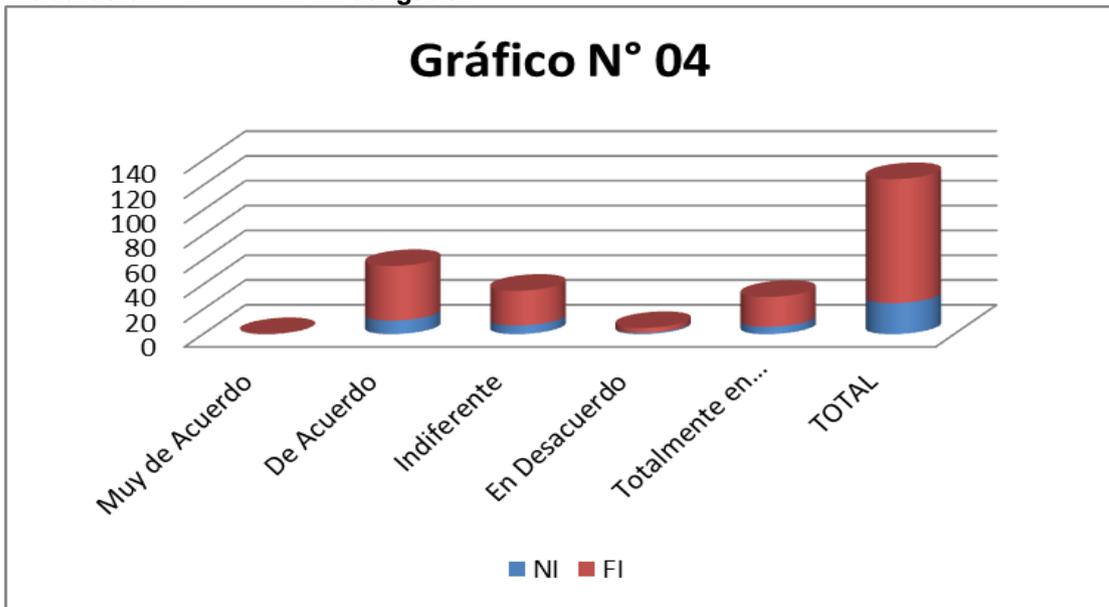
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 4.00% Indiferente, 28.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

**CUADRO N° 04**

¿Es suficiente que los rubros de las materias personales comprenda: alimentos, tenencia, régimen de visitas, y separación entre los cónyuges?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	7	28.00
	En Desacuerdo	1	4.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	25	100.00

**Fuente** : Encuesta Aplicada

**Elaboración** : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

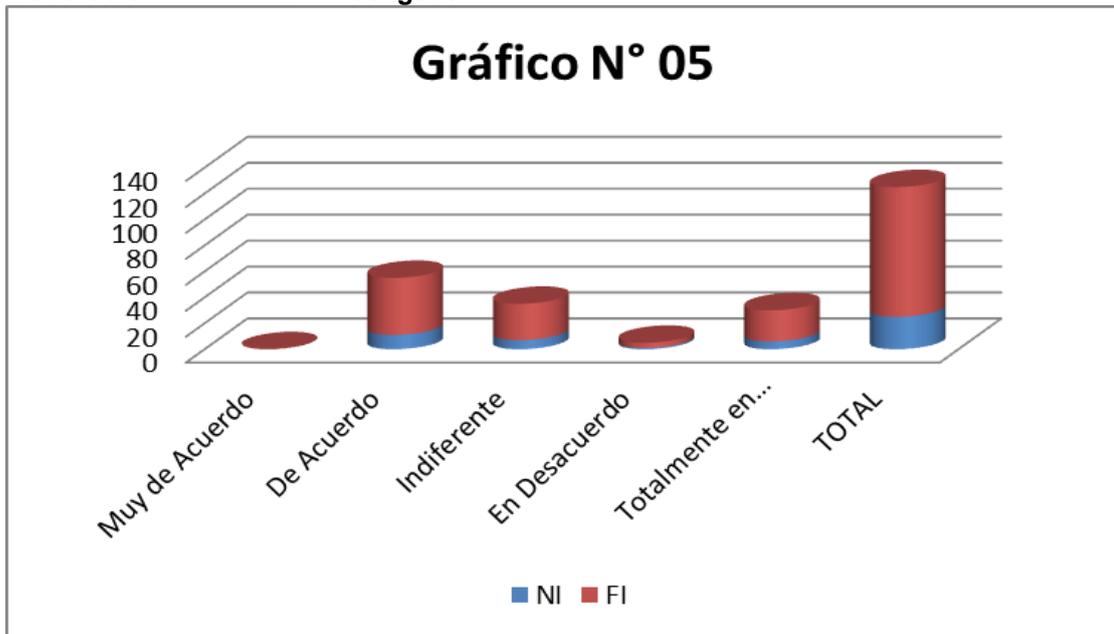
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 28.00% Indiferente, 4.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

**CUADRO N° 05**

¿Es suficiente que el rubro de la materia patrimonial es comprenda: revocación de poder, uso de vivienda, separación de bienes, administración de bienes?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	7	28.00
	En Desacuerdo	1	4.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

**Fuente** : Encuesta Aplicada

**Elaboración** : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

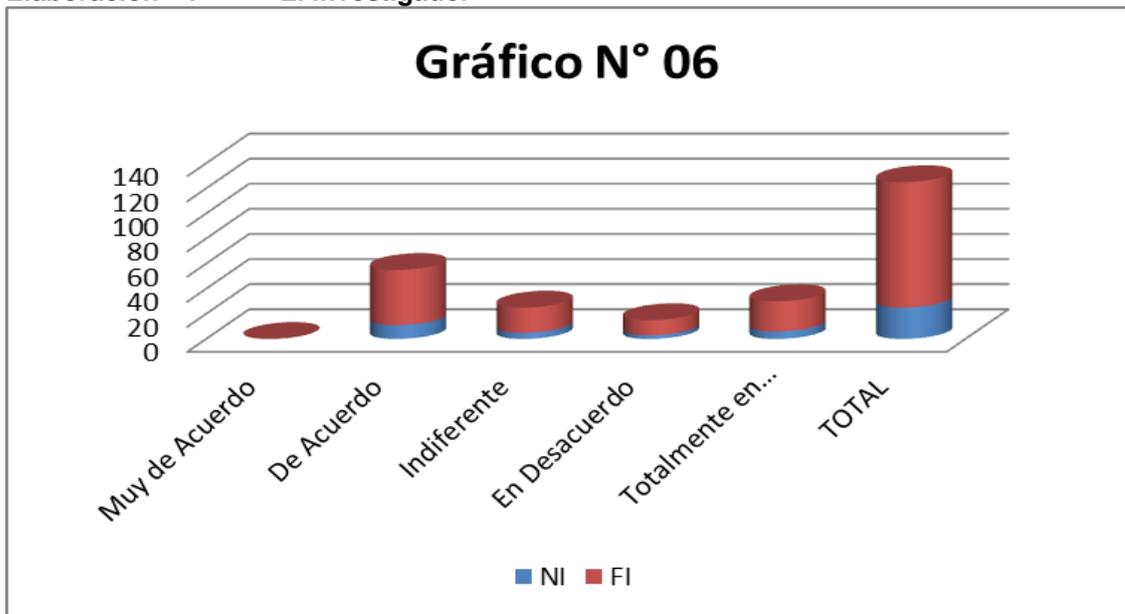
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 28.00% Indiferente, 4.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

CUADRO N° 06

¿Las medidas previas formuladas fuera del proceso solucionan en forma efectiva los problemas conyugales?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	5	20.00
	En Desacuerdo	3	12.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

Fuente : Encuesta Aplicada

Elaboración : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

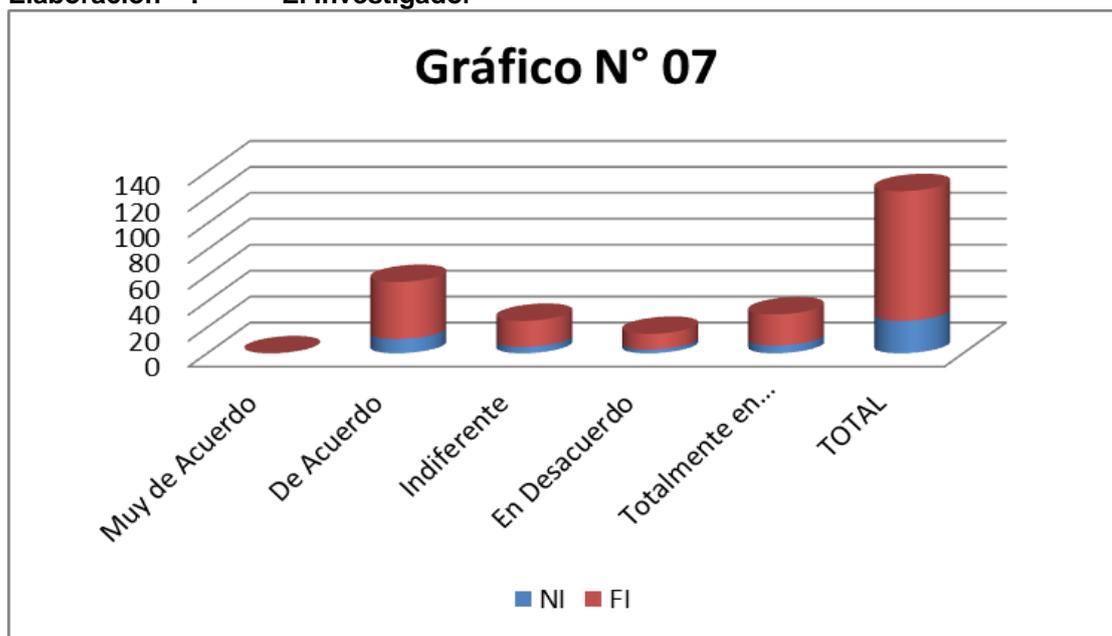
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 20.00% Indiferente, 12.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

CUADRO N° 07

¿El plazo de los 20 días posteriores a la obtención de las medidas previas, es suficiente para interponer la demanda?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	11	44.00
	Indiferente	5	20.00
	En Desacuerdo	3	12.00
	Totalmente en Desacuerdo	6	24.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

Fuente : Encuesta Aplicada

Elaboración : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

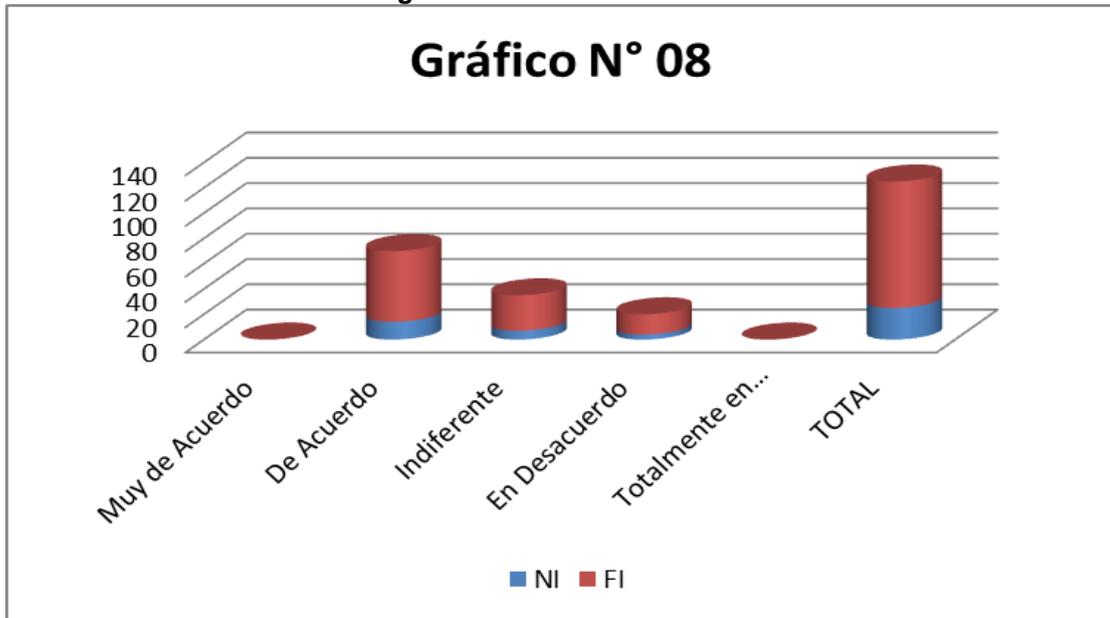
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 44.00% De Acuerdo, 20.00% Indiferente, 12.00% En Desacuerdo y 24.00% Totalmente en desacuerdo.

CUADRO N° 08

¿El otorgamiento de las medidas provisionales simultaneas con el auto admisorio a la demanda, soluciona en forma eficiente los problemas conyugales?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Muy de Acuerdo	0	0.00
	De Acuerdo	14	56.00
	Indiferente	7	28.00
	En Desacuerdo	4	16.00
	Totalmente en Desacuerdo	0	0.00
	<b>TOTAL</b>	<b>25</b>	<b>100.00</b>

Fuente : Encuesta Aplicada

Elaboración : El Investigador



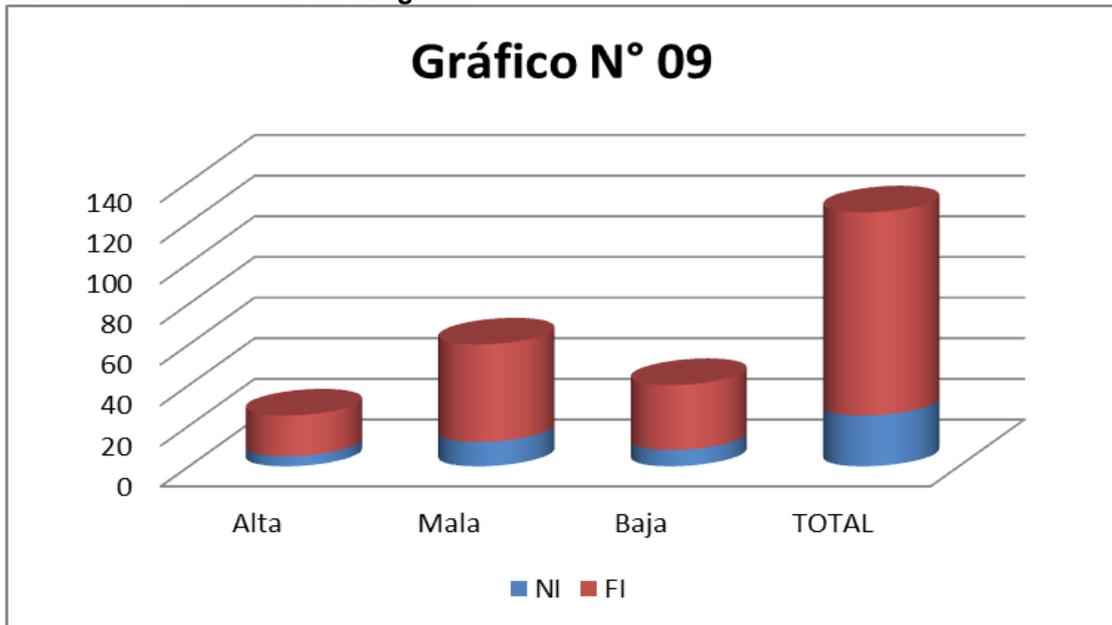
### INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 00.00% Muy de Acuerdo, 56.00% De Acuerdo, 28.00% Indiferente, 16.00% En Desacuerdo y 0.00% Totalmente en desacuerdo.

**CUADRO N° 09**

¿Cómo califica la efectividad de las Resoluciones Judiciales que otorgan las Medidas Previas o Simultáneas a la demanda de separación o divorcio?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Alta	5	20.00
	Mala	12	48.00
	Baja	8	32.00
<b>TOTAL</b>		25	100.00

**Fuente** : Encuesta Aplicada  
**Elaboración** : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

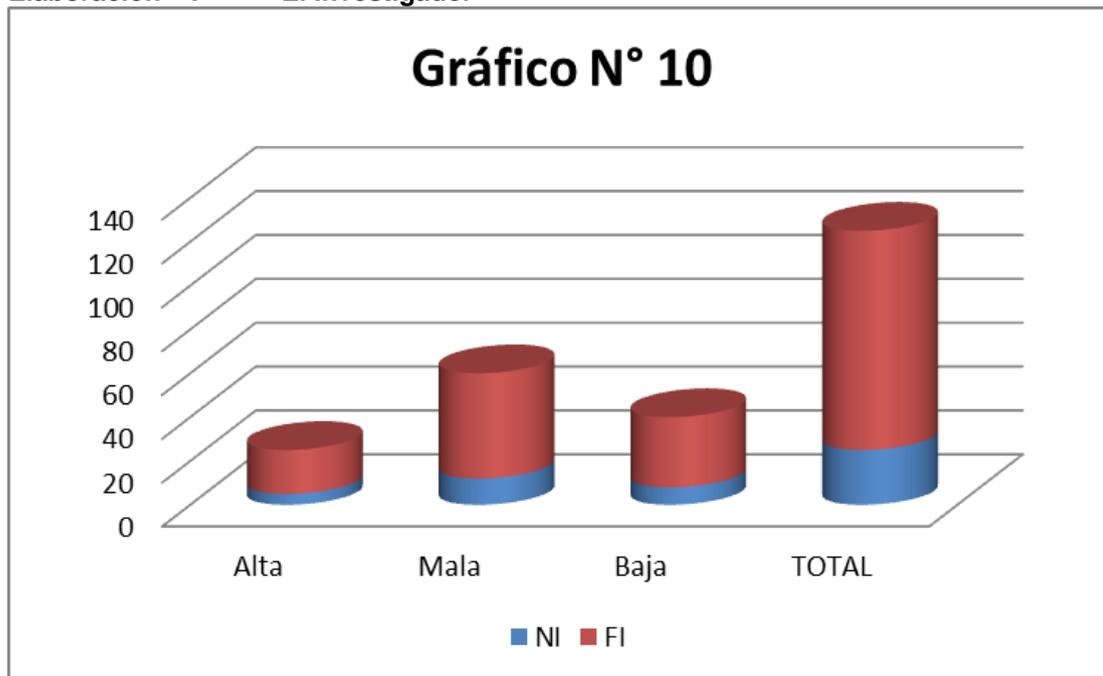
Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 20.00% Alta, 48.00% Mala, 32.00% Baja.

**CUADRO N° 10**

¿Cómo califica el cumplimiento del Principio de Celeridad Procesal al expedirse las Medidas Previas y Simultáneas a la demanda de separación o divorcio?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Alta	5	20.00
	Mala	12	48.00
	Baja	8	32.00
<b>TOTAL</b>		25	100.00

**Fuente** : Encuesta Aplicada

**Elaboración** : El Investigador



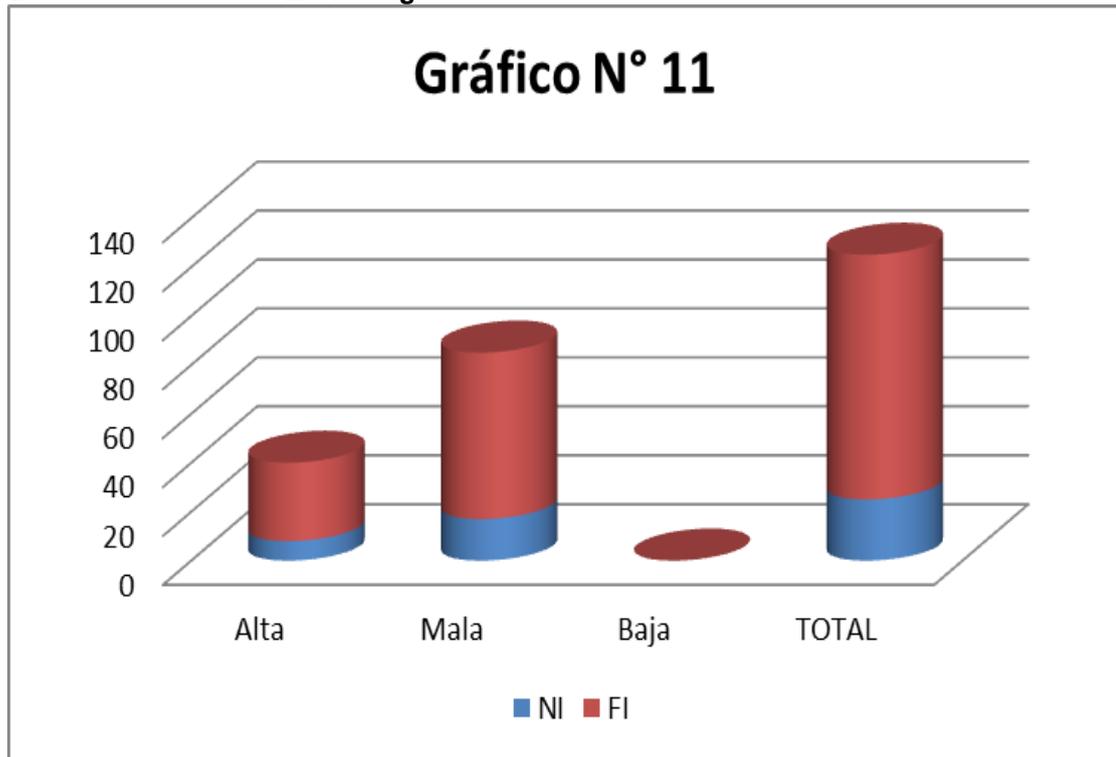
### INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 20.00% Alta, 48.00% Mala, 32.00% Baja.

**CUADRO N° 11**

En su opinión ¿Cómo califica la obtención de la paz social de, el (la) cónyuge que logra la obtención de la Medidas Previas o Simultaneas a la demanda de separación o divorcio?			
Escala Valorativa		NI	FI
	Alta	8	32.00
	Mala	17	68.00
	Baja	0	0.00
<b>TOTAL</b>		25	100.00

**Fuente** : Encuesta Aplicada  
**Elaboración** : El Investigador



### INTERPRETACIÓN

Se ha determinado en base a la muestra de 25 encuestados y se ha obtenido los siguientes resultados: 32.00% Alta, 68.00% Mala, 00.00% Baja.

## **4.2.- Contratación de la Hipótesis Secundaria.**

### **4.2.1.- Validación estadística- prueba de hipótesis**

La falta de adopción de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas a la demanda de separación de cuerpos o divorcio ha determinado que los cónyuges sufran la frustración a sus expectativas, al no obtener soluciones inmediatas; sino que deben esperar la expedición de la sentencia definitiva.

### **4.2.2.- Comprobación**

Según la hipótesis planteada existe una gran brecha en la falta de regulación normativa y expresa en nuestra legislación nacional que impide la aplicación de las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas en los Procesos de Separación de Cuerpos o de Divorcio.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **5.1.- Contrastación de Resultados de Trabajo de Campo con los Referentes Bibliográficos.**

##### **CASO HIPOTÉTICO: “JUAN Y MARIA”**

Para poder entender el sentido u orientación del trabajo materia de estudio, es necesario tratar de establecer un **caso hipotético simple** y fácil de entender a los ojos de cualquier lector; por lo que a continuación describiremos el siguiente caso:

En el año 1985 María y Juan se casaron ante la Municipalidad de Coronel Portillo, y dentro de esta relación conyugal han procreado a dos hijos de nombre José y Karina; han adquirido dos (2) Inmuebles (casas), un (01) departamento y tres (3) vehículos.

La relación matrimonial, paulatinamente se ha venido deteriorando por existir sospechas de infidelidad; hasta que en el año 2000 se llegó a consumir, cuando María se enteró del nacimiento de un hijo extramatrimonial habido entre Juan y Rosa.

La relación matrimonial de Juan y María se ha deteriorado, hasta tornarse de improsperable, sin embargo viven en la misma casa, al tener alquilado la otra casa y el departamento, y porque sus dos hijos son menores de edad.

Rebeca que es hermana de María, le comenta que ha tenido un problema similar con su esposo Jorge, a quien le ha demandado el Divorcio por la causal de Adulterio, y que ya lleva 04 años de juicio, y el proceso no

concluye en forma definitiva, y por tanto tampoco se solucionan sus problemas conyugales respecto a la administración de su empresa, el uso de la única vivienda, los alimentos de sus hijos. Y tiene que soportar mirarlo a quien todavía es su esposo.

Rebeca quiere desligarse de manera absoluta de su relación con su esposo, pero a pesar del transcurso de los 4 años, sigue atado por la administración de su empresa, el uso de la vivienda.

Ello ocurre, en la realidad por que no hay normas idóneas y expeditivas que puedan solucionar los problemas conyugales en el tiempo mas breve posible. Y por ello ***María se resiste a recurrir al Poder Judicial a demandar el divorcio a su esposo Juan.***

Frente a este problema social, mediante la presente investigación proponemos que se regule las Medidas Provisionales Previas o Simultáneas en los Procesos de Separación de Cuerpos o de Divorcio.

Que, las **Medidas Provisionales Previas**, debe ser reguladas como una **Medida Cautelar fuera del proceso**, y una vez obtenido esta medidas el cónyuge a continuación debe formular su demanda de separación de cuerpos o de divorcio dentro del plazo de 20 días. De manera que estas medidas provisionales solo subsistan si dentro del plazo de los 20 días siguientes contados desde que fue otorgado por el juez, se presenta la demanda de separación de cuerpos o de divorcio. De otro lado estas medidas podrán cesar cuando sos sustituidas por una Sentencia o cuando transcurrido el Plazo de los 20 días, no se haya interpuesto la demanda correspondiente.

Mientras que las **Medidas Provisionales Simultaneas**, deben ser otorgadas por el Juez como una **Anticipación de Tutela**, y debe

permitirse que se solicite simultáneamente con la presentación de la demanda de separación o de divorcio, y otorgarse junto con la expedición de Auto Admisorio, y no debe esperarse que sea peticionada por uno de los cónyuges recién una vez admitida la demanda .

Esto significa que María perfectamente antes de interponer su Demanda de Divorcio, puede solicitar al juez el poder vivir separado de Juan y que ella se queda a vivir en la casa, mientras que Juan se retire de la casa; debe revocar cualquier poder que haya otorgado a Juan para la administración de la empresa; asimismo puede solicitar el otorgamiento de los alimentos para sus dos hijos, así como la tenencia y custodia de los mismos, fijándose un régimen de visitas para Juan. Y una vez que logre el otorgamiento de éstas medidas, dentro del plazo de 20 días recién podría interponer la demanda.

En su defecto pudiera solicitar estas medidas simultáneamente con la demanda y ser resuelta juntamente con el auto admisorio que admite a trámite la demanda.

La propuesta del caso Hipotético que formulamos, tiene estrecha relación con los referentes bibliográficos que fueron tomados del Tercer Pleno Casatorio Nacional Civil<sup>87</sup>, que son los siguientes:

#### **5.1.1.- El Principio de Socialización del Proceso y los Procesos de Familia.**

Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de derecho. Previene que el Juez

debe evitar que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso <sup>88</sup>.

Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

---

<sup>88</sup> Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso. El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material<sup>89</sup> dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

### **5.1.2.- La Función Tuitiva del Juez en los Procesos de Familia**

El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la

---

<sup>89</sup> El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103º)

naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia<sup>90</sup>.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos. “Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos–, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico”<sup>91</sup>

---

90 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima - Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2008, p. 163.

91 DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Derecho de familia y Sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

### 5.1.3.- Flexibilización de los Principios de Congruencia, Preclusión y Eventualidad en los Procesos de Familia

Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta)<sup>92</sup>, pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50º inciso 6 y 122º inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía<sup>93</sup>, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozáini señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de *causa petendi*<sup>94</sup>.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el *iter processus*<sup>95</sup>.

---

92 GOZAINI, Osvaldo A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385

93 Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 45-46.

94 GOZAINI, Osvaldo A. *Ibidem*, p. 387.

95 Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W., *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.

Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos *ad eventum*, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen<sup>96</sup>.

Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que contravengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesoria. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al

---

96 Moreno y otros citado por Peyrano Jorge W., ob.cit., p. 273.

interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda<sup>97</sup>.

Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un **pedido o petitorio implícito** y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

“La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuadosustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)”<sup>98</sup>.

---

97 Al respecto se ha sostenido que: “El análisis del principio *iura novit curia* al interior de los juzgados y demás instancias judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo”. En: Bermúdez Tapia, Manuel. *Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal*, JUS Jurisprudencia, Nº 8, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

98 MORELLO, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos. No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley N° 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31°) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

#### **5.1.4.- Flexibilización de la Acumulación de Pretensiones en Materia de Familia**

Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso. Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340° y 342° del Código Civil y el artículo 483° del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87° *in fine* del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282° del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137° del Código de los Niños y Adolescentes<sup>99</sup>. Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art.483° del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad,

---

99 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”<sup>100</sup>.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante. También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87º, modificado por Decreto Legislativo N° 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

## **5.2.- Aporte Científico**

1.- Los Operadores Jurídicos (Jueces y Fiscales), tener presente la Función Tuitiva en los Procesos de Familia, precisamente porque el derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las

---

100 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

relaciones familiares y personales, de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

**2.-** Lo que proponemos con la presente investigación es que se regule de manera expresa las Medidas Provisionales Previas o Simultaneas a la demanda de separación o divorcio; para cuyo efecto proponemos la modificación del artículo 636° del Código Procesal Civil, agregando un párrafo que regule las Medidas Provisionales Previas. Así como el artículo 485° como una Anticipación de Tutela, que permita presentarse las Medidas Provisionales simultáneamente con la demanda, y otorgada juntamente con la emisión del auto admisorio.

**3.-** Proponemos formular un Proyecto de Ley ante el Despacho de un Congresista determinado a fin de que lo presente ante el Congreso de la República. Proponiendo la modificación del artículo 636° del Código Procesal Civil, agregándose al final el siguiente texto:

**“Artículo 636°.- Medida cautelar fuera del proceso**

*También procede otorgar las medidas provisionales previas, en asuntos de familia e interés del menor; pudiendo el Juez disponer: el poder vivir separado uno del otro cónyuge; los alimentos de uno de los cónyuges al otro; la revocación de los poderes que un cónyuge le hubiera otorgado al otro; medidas en torno a los hijos, como con sus alimentos, tenencia y custodia, régimen de visitas. Así como el uso de la vivienda familiar (cuál de los cónyuges debe continuar en la misma y retirarse al otro); las cargas y los bienes gananciales del matrimonio; fijar cuál de los cónyuges debe administrar y conservar los bienes comunes. El cónyuge beneficiado, debe interponer su demanda ante el mismo Juez dentro de los veinte días posteriores a dicho acto.*

Asimismo la modificación del artículo 485° con el siguiente texto:

**Artículo 485°.- Anticipación de Tutela**

Expedido el auto admisorio, simultáneamente podrá otorgarse las medidas sobre: *el poder vivir separado uno del otro cónyuge; los alimentos de uno de los cónyuges al otro; la revocación de los poderes que un cónyuge le hubiera otorgado al otro; medidas en torno a los hijos, somos con sus alimentos, tenencia y custodia, régimen de visitas. Así como el uso de la vivienda familiar (cuál de los cónyuges debe continuar en la misma y retirarse al otro); las cargas y los bienes gananciales del matrimonio; fijar cuál de los cónyuges debe administrar y conservar los bienes comunes. El cónyuge beneficiado, debe interponer su demanda ante el mismo Juez dentro de los veinte días posteriores a dicho acto.*

## CONCLUSIONES

El desarrollo de la investigación ha permitido cumplir con los objetivos planteados, al mismo tiempo nos permite comprobar las hipótesis de trabajo, de acuerdo con los resultados se esbozan las siguientes conclusiones:

1.- Al comparar los resultados de la prueba de hipótesis general, se concluye que la incorporación de las Medidas Provisionales Previas y Simultaneas a las demandas de separación o divorcio influye en un nivel MUY ALTO en la celeridad de los procesos judiciales tramitados por los cónyuges; por cuanto los cónyuges no tendrán que esperar que se expida la sentencia definitiva en un proceso judicial lento y dilatorio que dura entre cuatro (4) a cinco (5) años para recién resolver los problemas conyugales, y continuar conviviendo con su cónyuge en contra de su voluntad; sino que gracias a nuestra investigación planteamos que estos conflictos personales y patrimoniales se solucionen en el breve plazo posible, es decir lo más rápido posible, y de esta manera el (la) cónyuge interesada pueda lograr una verdadera Tutela Jurídica Efectiva, y de esta manera puede reiniciar su Proyecto de Vida que como persona tiene derecho.

2.- Actualmente el proceso de Separación de Cuerpos o Divorcio por Causal regulado en el Código Procesal Civil, establece en el artículo 485° como Medidas Cautelares señalando *“Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y custodia de los hijos por uno de los padres, por*

*ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes*". Y como Medida Temporal sobre el Fondo, relacionados a los Asuntos de Familia e Interés de Menores en el artículo 677° señala *"Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella"*. Sin embargo esta forma de regulación actualmente no satisface la expectativa de los cónyuges cuyo matrimonio resulta improsperable; y por ello gracias a nuestra investigación proponemos las Medidas Cautelares Rápidas, como son las Medidas Provisionales Previas y Simultaneas

**3.-** Consideramos que los rubros que actualmente vía Medida Cautelar se pueden solicitar dentro de un proceso de separación o divorcio ya iniciado son insuficientes; por lo que debe ampliarse a otros rubros. Siendo así los rubros que debe contener las materias Personal y Patrimonial de las Medidas Previas y Simultaneas son: **Materia Personal:** El poder vivir separado del otro cónyuge; los alimentos de uno de los cónyuges al otro; la revocación de los poderes que un cónyuge le hubiera otorgado al otro; medidas en torno a los hijos, como con sus alimentos, tenencia y custodia, régimen de visitas, etc, y **Materia Patrimonial:** El uso de la vivienda familiar ( cuál de los cónyuges debe continuar en la misma y retirarse al otro); las cargas y los bienes gananciales del matrimonio; fijar cuál de los cónyuges debe administrar y conservar los bienes comunes.

**4.-** Que, las Medidas Provisionales Previas, debe ser reguladas como una Medida Cautelar fuera del proceso, y una vez obtenido esta medidas el

cónyuge a continuación debe formular su demanda de separación de cuerpos o de divorcio dentro del plazo de 20 días. De manera que estas medidas provisionales solo subsistan si dentro del plazo de los 20 días siguientes contados desde que fue otorgado por el juez, se presenta la demanda de separación de cuerpos o de divorcio. De otro lado estas medidas podrán cesar cuando son sustituidas por una Sentencia o cuando transcurrido el Plazo de los 20 días, no se haya interpuesto la demanda correspondiente.

**5.-** Mientras que las Medidas Provisionales Simultaneas, deben ser otorgadas por el Juez como una Anticipación de Tutela, y debe permitirse que se solicite simultáneamente con la presentación de la demanda de separación o de divorcio, y otorgarse junto con la expedición de Auto Admisorio, y no debe esperarse que sea peticionada por uno de los cónyuges recién una vez admitida la demanda .

## **SUGERENCIAS**

De acuerdo a las conclusiones de la investigación realizada se sugiere lo siguiente:

**1.-** A la comunidad jurídica, fomentar la promoción de normas jurídicas expeditivas, dinámicas de acuerdo a los nuevos cambios y retos de la sociedad, a fin de dar solución en el breve plazo a los problemas conyugales.

**2.-** Al Congreso de la República, la dación de Leyes simples y claras que solucionen los problemas conyugales; a fin de estimular a los referidos cónyuges para que recurran al Poder Judicial, a fin de interponer su demanda de separación o divorcio, y solicitar las Medidas Provisionales Previas y Simultaneas, sabiendo que sera atendidos en el tiempo más breve

**3.-** Tomando como base normas del Derecho Comparado, especialmente de la Legislación Española, introducir cambios profundos en el Sistema de Divorcio.

**4.-** Difundir los resultados de la presente investigación con la finalidad de que la Comunidad Jurídica conozca nuestra propuesta, y de esta manera puede ser mejorada con otros aportes, y así fortalecer el proyecto de Ley, y de esta manera convertirse en un instrumento de solución rápida a los problemas conyugales.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- 1.-ÁLVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima - Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2008.
- 2.-BARRIOS DE ANGELIS**, Dante. *Teoría del Proceso*. En Maestros del Derecho Procesal. Montevideo-Bs. As, Editorial Julio César Faira Editores, 2002.
- 3.-BORDA**, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Familia. Buenos Aires., 1984.
- 4.-BOSSERT, GUSTAVO A.** y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia*, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. *Derecho de Familia*, editorial San Marcos, Lima, 2001.
- 5.-CABELLO MATAMALA**, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú. Lima. 1999.
- 6.-CAIRO ROLDÁN**, Cairo. “La naturaleza procesal del amparo”. En *Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Procesal organizado por la Universidad de Lima*. Lima, fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002.
- 7.- CALAMADREI**, Piero. Introducción al estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1945.
- 8.- CARRIÓN LUGO**, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil. T-I. Editora Jurídica Grijley, 1ª. Edición, Lima-Perú, 2000

- 9.- CARRIÓN LUGO**, Jorge: Análisis del Código Procesal Civil. T-I. Editora Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú.
- 10.-COUTURE**, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. DEPALMA, Buenos Aires 1973.
- 11.-CHIOVENDA GIUSEPPE**: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol.I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- 12.- CARNELUTTI FRANCESCO**: Sistema de Derecho Procesal Civil. T.I. UTHEA Argentina 1944
- 13.- CALDERON SUMARRIVA**. Ana y **AGUILA GRADOS**, Guido. Balotario Desarrollado para el Examen del CNM-EGACAL. Escuela de Altos Estudios Jurídicos.
- 14.- DIEZ-PICAZO**, Luis y **GULLON**, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Pag 31. Madrid. 1986.
- 15.- DIEZ PICAZO**, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho civil*, Volumen IV, Derecho de familia y sucesiones, séptima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, pp. 115-116.
- 16.- DEVIS ECHANDÍA**, Hernando: Teoría General del Proceso. Editorial Univeridad, Buenos Aires 1984.
- 17.- DEVIS ECHANDÍA**, Hernando. Teoría General del Proceso Aplicable a toda clase de procesos. Editorial Universidad S.R.L.. Buenos Aires 1985. Tomo II.
- 18.- GOZANI**, Osvaldo Alfredo. Conveniencia de reformar el Sistema Argentino en materia de juicio ejecutivo”. en [www.institutoderechoporprocesal.org](http://www.institutoderechoporprocesal.org)
- 19.- GOZAINI**, Osvaldo A., *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385

- 20.- GUASP DELGADO** Jaime: Derecho Procesal Civil. T-I. Editorial Civitas, Madrid 1998.
- 21.- HERRERO**, Luis René. “El derecho hacer oído. Eficacia del debate procesal”. Ponencia general al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Praraná, 12 al 14 de junio de 2003). Tomado de Internet en [www.patagonicolegal.com.ar](http://www.patagonicolegal.com.ar).
- 22.- HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. *Sujetos del Proceso Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004.
- 23.- HURTADO REYES**, Martín. *Embargo en Inmueble Registrados y No Registrados*. Lima, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, 2000.
- 24.- HURTADO REYES**, Martín. Tutela Jurisdiccional Efectiva. Palestra . Primera Edic. Abril 2006.
- 25.- HURTADO REYES**, Martín. Estudios de Derecho Procesal Civil. Editorial IDEMZA Tomo II.
- 26.- LEITE**, Gisele. Apreciación sobre la acción monitoria. Extraído de Internet en [www. mundojuridico.adu.br](http://www.mundojuridico.adu.br). También en *Genesis* Revista de Derecho Civil. Curitiva (24).
- 27.- LLAMAS POMBO**, Eugenio. “Tutela inhibitoria del Daño (la otra manifestación del derecho de daños )” en *Estudio Jurídico en Homenaje al Profesor Luis Diez Picazo*. Tomo II. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003.
- 28.- MABEL DE LOS SANTOS** “Conveniencia y necesidad de Legislar sobre las Tutelas de Urgencia” en *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*, Lima, Estudio Monrroy Abogados, diciembre de 2001.

- 29.- MARINONI**, Luis Guilherme. “Tutela Inhibitoria: la tutela de prevención del Ilícito”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV. Estudio Monroy Abogados.
- 30.- MONROY GÁLVEZ**, Juan. Temas del proceso Civil. Ediciones Librería Studium. Lima 1987.
- 31.- MONROY GÁLVEZ**, Juan y **MONROY PALACIOS**, Juan. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada, apuntes iniciales. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV. Estudio Monroy Abogados.
- 32.- MONROY GÁLVEZ**, Juan. La Medidas Cautelares en el Proceso de Amparo Peruano. Lectura sobre Temas Constitucionales N° 03. Agosto 1989. Comisión Andina de Juristas
- 33.- MONTERO AROCA**, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional. Parte General. 10Ma Edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Tomo II. **34.- OBANDO BLANCO**, Victor Roberto. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia*. Lima, Editorial Palestra, 2001.
- 35.- PALACIO**, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Décimo Séptima Edición Actualizada. Bs. As., Editorial Lexis Nexos, Abeledo-Perrot, 2003.
- 36.- PÉREZ RAGONE**, Alvaro J.D. “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio” en *Sentencia Anticipada, despacho interino de fondo*. Bs. As., Editorial Rubinzal-Culzoni, 2000,
- 37.- PEYRANO**, Jorge Walter. “La acción preventiva”. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° VII. Estudio Monroy Abogados.
- 38.- PEYRANO**, Jorge Walter. Medidas Cautelares Innovativas. Ediciones Depalma. Bs. As. 1981.

- 39.- PLÁCIDO VILCACHAGUA**, Alex. *Las causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008.
- 40.- PLÁCIDO VILCACHAGUA**, Alex F. *Manual de Derecho de Familia*, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001.
- 41.- PONENTTI**, Ramiro J. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Editorial Editar. 1956. Pág. 128
- 42.- PRIORI POSADA**, Giovani F. *La Tutela Cautelar. Su configuración como Derecho Fundamental*. Ara Editores. Lima 2006.
- 43.- QUISPE SALSAVILCA**, David. *El Nuevo Régimen Familiar Peruano*, Breviarios de Derecho Civil N° 2, Lima, Editorial Cultural Cuzco S.AC., 2002.
- 44.- RAMOS MENDEZ**, Francisco, en su obra *Derecho y Proceso* (Librería Bosch, Barcelona, 2000, p.42-43)
- 45.- ROCCO UGO**. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. T.I. TEMIS – DEPALMA 1976.
- 46.- SAGÁSTEGUI ARTEAGA**, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Parte General. 4ta. Edición. Lima, Editorial San Marcos, 1987.
- 47.- TAMAYO y TAMAYO**, Mario. *Diccionario de investigación científica*, 2004.
- 48.- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 23, 2005.
- 49.- SATTA SALVATORE**. *Derecho Procesal Civil*. EJEA Buenos Aires 1968.

- 50.- SATTA, SALVATORE.** *Manuel de Derecho Procesal Civil.* Bs. As., Editorial Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971. Volumen I.
- 51.- SERRA DOMINGUEZ, M.** Medidas Cautelares, En la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XVI, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona 1978.
- 52.- SOUZA XAVIER, Sergio.** “Consideraciones sobre la Tutela Jurisdiccional Diferenciada”. Extraído de Internet en [www. Jus. Com.br](http://www.Jus.Com.br)
- 53.- VÉSCOVI, Enrique:** “Teoría \_General del Proceso” Edit. Temis Bogotá, 1984.
- 54.- ZANNONI, Eduardo A.** *Derecho Civil - derecho de familia,* Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.

# **ANEXOS**

**Título: "INCORPORACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS O SIMULTÁNEAS A LA DEMANDA DE SEPARACIÓN DE CUERPOS O DIVORCIO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO"**

**Maestría : Richard Baudelio AQUINO LIRA**

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIÓN	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p><b>Problema General:</b> ¿En qué medida la incorporación de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas a las demandas de separación o divorcio, se relaciona con la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los cónyuges?</p> <p><b>Problemas específicos.</b> ¿De qué manera los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales? ¿En qué medida las materias que contiene las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales? ¿De qué manera las Medidas Cautelares Fuera o Simultánea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales?</p>	<p><b>Objetivo General:</b> Determinar en qué medida la incorporación normativa de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas a las demandas de separación o divorcio, se relaciona con la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los Cónyuges.</p> <p><b>Objetivo Específicos:</b> Evaluar de qué manera los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales? Evaluar en qué medida las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales? Analizar de qué manera las Medidas Cautelares Fuera o Simultánea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales.</p>	<p>Hipótesis General: Hi: La incorporación de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas a las demandas de separación o divorcio influyen de manera positiva en la celeridad de los Procesos Judiciales tramitados por los cónyuges H0: La incorporación de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas a las demandas de separación o divorcio no influyen de manera positiva en la celeridad de los Procesos Judiciales.</p> <p><b>Hipótesis específicos:</b> H1: Los Procesos Cautelares Rápidos influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales H0: Los Procesos Cautelares Rápidos no influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales. H2: Las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales H0: Las materias de contenido de las Medidas Provisionales Previa o Simultáneas no influyen en la expedición del Auto que solucionan provisionalmente los problemas conyugales H3: Las Medidas Cautelares Fuera o Simultánea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales H0: Las Medidas Cautelares Fuera o Simultánea a la demanda influyen en la expedición del Auto que soluciona provisionalmente los problemas conyugales.</p>	<p>X= Incorporación de las medidas previas o simultáneas</p> <p>Y= Procesos de separación de cuerpos o divorcio</p>	<p>PROCESOS CAUTELARES RAPIDOS</p> <p>MATERIAS QUE DEBE CONTENER LAS MEDIDAS PREVIAS O SIMULTÁNEAS</p> <p>MEDIDA CAUTELAR FUERA Y SIMULTÁNEA AL AUTO ADMISORIO</p> <p>EXPEDICION DE AUTO QUE SOLUCIONA PROBLEMAS CONYUGALES</p>	<p>Encuestas</p> <p>Guías de entrevistas</p> <p>Fichas bibliográficas</p> <p>Internet</p> <p>Fichas</p>





**CUESTIONARIO DE INVESTIGACION**

**LA ESCALA VALORATIVA:**

5 =MUY DE ACUERDO 4=DE ACUERDO 3=INDIFERENTE 2= EN DESACUERDO 1= TOTALMENTE EN DESACUERDO

COD	CRITERIOS POR DIMENSION E INDICADOR	ESCALA				
		1	2	3	4	5
	<b>VARIABLES</b>					
<b>A</b>	<b>INCRPORACION DE LAS MEDIDS PREVIAS O SIMULTANEAS</b>					
	DIMENSION: PROCESOS CAUTELARES RAPIDOS INDICADOR: Tutela Diferenciada, Tutela Satisfactiva, Tutela Anticipativa					
1	¿Las Medidas Previas y Simultaneas es una modalidad de Tutela Diferenciada para solucionar provisionalmente los problemas conyugales ?					
2	¿Las Medidas Previas y Simultaneas es una modalidad de Tutela Satisfactiva para solucionar provisionalmente los problemas conyugales?					
3	¿Las Medidas Previas y Simultaneas es una modalidad de Tutela Anticipativa para solucionar los problemas conyugales?					
	DIMENSION: MATERIAS QUE DEBE CONTENER LAS MEDIDAS PREVIAS O SIMULTANEAS INDICADOR: Materia Personal, Materia Patrimonial					
4	¿Es suficiente que los rubros de las materias personales comprenda: alimentos, tenencia, régimen de visitas, y separación entre los cónyuges?					
5	¿Es suficiente que el rubro de las materias patrimoniales comprenda: revocación de poder, uso de vivienda, separación de bienes, administración de bienes?					
	DIMENSION: MEDIDA CAUTELAR FUERA Y SIMULTANEA AL AUTO ADMISORIO INDICADOR: Resolución Fuera del Proceso, Demanda formularse dentro de 20 días, Resolución junto al auto admisorio					
7	¿Las medidas previas formuladas fuera del proceso solucionan en forma efectiva los problemas conyugales?					
8	¿El plazo de los 20 días posteriores a la obtención de las medidas previas, es suficiente para interponer la demanda?					
9	¿El otorgamiento de las medidas provisionales simultaneas con el auto admisorio a la demanda, soluciona en forma eficiente los problemas conyugales?					
<b>B</b>	<b>PROCESO DE SEPARACION DE CUERPOS O DIVORCIO</b>					
	DIMENSION: EXPEDICION DEL AUTO QUE SOLUCIONA PROBLEMAS CONYUGALES INDICADOR: Efectividad de la Resolución Judicial, Cumplimiento del Principio de Celeridad Procesal, Paz Social en el Cónyuge					
10	¿Cómo califica la efectividad de las Resoluciones Judiciales que otorgan las Medidas Previas o Simultaneas a la demanda de separación o divorcio? 3. Buena 2. Regular 1. Mala					
11	¿Cómo califica el cumplimiento del Principio de Celeridad Procesal al expedirse las Medidas Previas y Simultaneas a la demanda de separación o divorcio? 3. Buena 2. Regular 1. Mala					
12	En su opinión ¿Cómo califica la obtención de la paz social de el(la) cónyuge que logra la obtención de la Medidas Previas o Simultaneas a la demanda de separación o divorcio? 3. Buena 2. Regular					