Proyecto de Ley N°....1469/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

PEDRO EDWIN MARTÍNEZ TALAVERA
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
14 MAR. 2022
RECIBIDO
Firma ____ Hora 12:50

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 30364, LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

Los congresistas de la República que suscriben, miembros del Grupo Parlamentario Acción Popular, a iniciativa del Congresista **PEDRO EDWIN MARTÍNEZ TALAVERA**, con la facultad prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 22° inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República;
Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 30364, LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

Artículo 1. Objeto
La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 22-B de Medidas Cautelares de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, respecto al otorgamiento de medidas cautelares en pretensiones de alimentos, régimen de visitas, tenencia, suspensión de patria potestad, acogimiento familiar y otros.

Artículo 2. Modificación
Modifíquese el artículo 22-B de la Ley Nº 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, de acuerdo al siguiente termino:

Artículo 22-B Medidas Cautelares.

1. En cualquier estado del proceso, a solicitud de la víctima o de la parte denunciante, el juzgado de familia evalúa el dictado de medidas cautelares que resguarden pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos.

2. Por excepción y en resolución debidamente motivada, el juzgado de familia podrá dictar medidas cautelares de oficio. No proceden Medidas Cautelares cuando existan conciliaciones, sentencias judiciales o procesos judiciales en trámite sobre las mismas pretensiones.

3. En caso de Medidas Cautelares que involucren los intereses de niños, niñas y adolescentes, se deberá requerir la inmediata evaluación psicológica e informe social de todos los interesados, salvo que, por las circunstancias especiales del caso, el juez, en resolución debidamente motivada, prescinda de dichos informes.

4. Para el dictado de Medidas Cautelares el juez deberá tener en cuenta el riesgo adicional creado por el hecho de violencia, la necesidad de la medida cautelar y las circunstancias especiales del caso, que incluyen la existencia de antecedentes judiciales, conducta de las partes, contradicciones relevantes en las declaraciones, entre otros. En caso de dudas sobre el cumplimiento de estos presupuestos, se prefiere a la jurisdicción ordinaria.

DISPOSICIÓNES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA: Adecuación del Reglamento

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de treinta (30) días, adecuara el Reglamento de las modificatorias introducidas en la Ley Nº 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

SEGUNDA: Vigencia de la Ley

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Lima, marzo de 2022.

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ESPINOZA VARGAS Jhaec Darwin FAU 20161749126 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 09/03/2022 15:45:21-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MARTINEZ TALAVERA Pedro Edwin FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08/03/2022 16:30:20-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: PAREDES FONSECA Karol Ivett FAU 20161749126 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 09/03/2022 11:01:09-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MONTEZA FACHO Silvia Maria FAU 20161749126 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 09/03/2022 12:51:26-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: VERGARA MENDOZA Elvis Heman FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 08/03/2022 17:38:30-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: SOTO PALACIOS Wilson FAU 20161749126 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 09/03/2022 11:25:04-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: MORI CELIS Juan Carlos FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 09/03/2022 14:54:53-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: VERGARA MENDOZA Elvis Heman FAU 20161749126 soft
Motivo: En señal de conformidad
Fecha: 08/03/2022 17:38:13-0500

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: ARAGON CARREÑO Luis Angel FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 09/03/2022 11:40:20-0500

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

La iniciativa legislativa pretende modificar el régimen general de medidas cautelares dispuesto en el Código Procesal Civil, no puede ser aplicado al régimen de medidas cautelares establecido en la Ley N° 30364, porque se trata de un proceso de protección diferente a los procesos civiles, de ahí que se sostenga, en base a diversos procesos judiciales tramitados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y demás Jurisdicciones, que es necesario un cambio legislativo que establezca características propias y presupuestos procesales específicos para las medidas cautelares en la Ley N° 30364.

El 23 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30364, Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, la cual tiene como objetivo principal luchar contra toda forma de violencia, contra mujeres en su condición de tales, producidas en el ámbito público o privado.

Frente a este problema, el Abogado Luis G. Torreblanca Gonzales, Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, (realizo estudios de Reforma legislativa del régimen de medidas cautelares en la Ley N° 30364) donde desarrolla y establece que: Para alcanzar el objetivo, el proceso especial tiene dos etapas: la etapa de protección o tutelar y la etapa de sanción.

En lo que respecta a la etapa de protección, nos hemos encontrado con un proceso judicial totalmente diferente a la derogada Ley N° 26260, por cuanto, este proceso es sumamente célere, dado que el Juez de Familia debe evaluar el dictado de medidas de protección en plazos muy cortos: 24 horas en caso de riesgo severo, 48 horas en casos de riesgo leve y moderado y 72 horas en todos los demás casos.

Además, esta celeridad ha traído consigo las restricciones probatorias, por cuanto solo se admiten medios probatorios de actuación inmediata y, en la generalidad de casos, se dictan las medidas de protección con la sola declaración de la víctima, lo que sumado al hecho de que, en la audiencia, no es necesaria la presencia del denunciado o de la propia parte denunciante, hacen de este proceso una nueva experiencia que sin duda ha creado mejores condiciones de protección para las víctimas de violencia. Sin embargo, recordemos que, a pesar del poco tiempo de vigencia, la Ley N° 30364 ha sido modificada por la Ley N° 30862, el Decreto Legislativo N° 1323, el Decreto Legislativo N° 1386 y la Ley N° 31156, incluso, el propio texto del Reglamento de la Ley N° 30364 aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP ha modificado, implícitamente, algunos extremos de la Ley, lo que demuestra que este sistema de protección ha presentado varias deficiencias que se están perfeccionando con el paso del tiempo y mediante las constantes reformas legislativas.

Una de las deficiencias que considero que aún no ha sido superada está referida a las

medidas cautelares, porque si viene es cierto que la Ley establece la posibilidad de que se dicten medidas cautelares, sin embargo, son muy pocas las ocasiones en que se dictan las mismas, ello en virtud de que tanto la Ley N° 30364 como su reglamento, han regulado a las medidas cautelares como aquellas que están contenidas en el Código Procesal Civil, incluso se exige el cumplimiento de los presupuestos procesales establecidos en el artículo 611 del citado Código, lo que evidencia que no se ha comprendido aún que el proceso de protección es un proceso distinto a los procesos que hemos desarrollado a lo largo de muchos códigos procesales, por lo que sus medidas cautelares también tienen una naturaleza distinta y presupuestos procesales diferentes, de ahí la necesidad de una reforma legislativa, que se demuestra a continuación.

Los obstáculos formales y materiales para su aplicación.

a) Características generales de toda medida cautelar

El artículo 612 del Código Procesal Civil, nos dice que toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y tiene como características el ser provisoria, instrumental y variable. Explicando este artículo, Ledesma Narvaez (2008) nos dice que cuando el legislador habla de prejuzgamiento se está refiriendo a que, en toda medida cautelar, el Juez anticipa su opinión sobre la solución final que se podría emitir en el caso concreto. Además, cuando el legislador establece que es provisoria, se refiere a que esta medida cautelar no puede durar de manera indefinida, sino que tiene una duración limitada (la misma que, por lo general, está vinculada a la emisión de la sentencia), por otro lado, la instrumentalidad de la medida cautelar, pone de manifiesto su subordinación frente al proceso principal (porque está orientada a asegurar la eficacia de la sentencia) y, finalmente, la variabilidad se debe a que se dicta en atención a la apariencia del derecho y esta apariencia puede modificarse conforme avanza el proceso, por lo que la medida cautelar también puede ser modificada.

Como una expresión de estas características, tenemos que el artículo 608 del Código Procesal Civil dicta reglas para su emisión, como son: *El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de este, salvo disposición distinta establecida en el presente Código. Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar.*

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. El texto original de este artículo establecía que "Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de este..." lo que contenía el llamado "poder general de cautela"; sin embargo, la interpretación que se realizó de éste poder general ocasionó una norma suigéneris por la que se considera que cualquier juez podía dictar la medida cautelar sin importar si conocía o no el proceso principal, pero el legislador, ante los

graves problemas que se originó, restringe este poder de cautela y modifica el texto de este artículo, estableciendo de manera clara y precisa que sólo el juez competente para conocer la demanda principal es quien puede dictar medidas cautelares, ello sustentado en que la medida cautelar es instrumental a la pretensión principal (Priori Posada, G., 2016, pp. 658 y 661).

Otro aspecto importante que debemos resaltar es que este artículo establece que las medidas cautelares sólo pueden plantearse a solicitud de parte porque lo que se busca es el cumplimiento de la sentencia que recaerá en el proceso principal (Florían Vigo, D., 2016, pp. 674) y sólo la parte puede expresar la necesidad o no de dictar una medida cautelar.

Es por ello que el artículo 610 del Código Procesal Civil establece como requisitos de la solicitud cautelar: a) Exponer los fundamentos de la pretensión cautelar; b) Señalar la forma de ésta; c) Indicar los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; d) Ofrecer contra cautela; y, e) Designar el órgano de auxilio judicial.

b) Las medidas cautelares en la Ley N° 30364

Cuando comparamos las características generales de las medidas cautelares, con lo regulado por la Ley N° 30364, nos encontramos que el texto original de su artículo 22 no contenía ningún precepto referido a éstas, es por este vacío legal que, recién, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1386 de 4 de septiembre de 2018, incorporó el artículo 22-B, cuyo texto establecía: De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima (...).

Al respecto debemos decir que, como ya lo hemos visto anteriormente, por el principio dispositivo el juez no puede dictar medidas cautelares de oficio, dado que estas medidas cautelares deben ser solicitadas a instancia de parte, incluso, los requisitos de una medida cautelar están destinados a la parte y no al juez (Sebastián Otones, M., 2001, pp. 1705-1727); sin embargo, con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1386, la Ley N° 30364 se deja de aplicar el principio dispositivo al incluirse la posibilidad de que se dicten medidas cautelares de oficio; pero, no se ha encontrado ninguna exposición de motivos que justifique esta falta de aplicación del citado principio. Entendemos que, siguiendo lo señalado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, es posible que el legislador haya buscado hacer de los procesos de familia una excepción al principio dispositivo otorgando facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso, aunque en el citado Pleno Casatorio se dijo, de manera clara y precisa, que esta excepcionalidad se otorgaba para dar una solución efectiva al caso concreto (Casación N° 4664-2010-PUNO, F.J. 18), es decir, la justificación de la flexibilización del principio dispositivo era para emitir una solución definitiva al litigio, lo que nunca va a ocurrir con una medida cautelar, que sólo busca servir de instrumento para

garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Otro aspecto criticable de la modificatoria materia de cometario, es que obliga a que se deba realizar una audiencia oral para emitir un pronunciamiento sobre las medidas cautelares, lo que significa que sin audiencia oral no se podría dictar medidas cautelares; sin embargo, el artículo 2 del propio Decreto Legislativo N° 1386 introdujo el inciso b) del artículo 16 de la Ley N° 30364, por el cual establece que el Juez puede prescindir de la audiencia en casos de riesgo severo, en otras palabras, en aquellos casos en los cuales los presuntos hechos de violencia son tan graves que originan que las medidas de protección se dicten sin audiencia, por la modificatoria antes señalada, no se podría emitir medidas cautelares, porque éstos sólo se emiten en audiencia.

Este error de legislador se mantuvo en la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley N° 30862 de 25 de octubre de 2018, en el que únicamente se incorporó al artículo 22-B, las pretensiones de disposición de bienes, tal y como se lee de su texto actual:

> ***Artículo 22-B. Medidas cautelares*** *De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima.*

En este sentido, tanto la flexibilización del principio dispositivo como la emisión de medidas cautelares en audiencia oral, continúan siendo preceptos vigentes y de ahí la necesidad de una reevaluación de los mismos y modificación legislativa.

En el Reglamento de la Ley N° 30364, aprobado por el Decreto Supremo Nº 009-2016-MIMP de 27 de julio del 2016, los criterios para el establecimiento de las medidas cautelares y su vigencia estaban regulados, básicamente, en los artículos 39 y 40, cuyos textos establecían:

> ***Artículo 39.- Medidas cautelares***
> *39.1. El Juzgado de Familia ordena de oficio o a pedido de parte las medidas cautelares, conforme los requisitos establecidos en el artículo 611 del Código Procesal Civil.*
>
> *39.2. En razón a la temporalidad de las medidas cautelares, la víctima, antes de la expedición de la sentencia penal o del Juzgado de Paz Letrado, puede plantear ante el Juzgado competente las pretensiones civiles de fondo. A tal efecto, el Juzgado de Familia informa a las víctimas que cuentan con servicios jurídicos gratuitos para recibir asistencia en su derecho de acción sobre las pretensiones civiles antes señaladas.*
>
> ***Artículo 40.- Vigencia de las medidas de protección o cautelares***
> *La medida de protección o cautelar dictada por el Juzgado de Familia, surte efecto hasta*

que la sentencia emitida por el Juzgado Penal o Juzgado Paz Letrado en materia de faltas, quede consentida o ejecutoriada.

Después de casi tres años de vigencia, *estos artículos fueron modificados* por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP de 07 de marzo del 2019, concentrando la regulación de las Medidas Cautelares en el nuevo texto del artículo 40 del Decreto Supremo Nº 009-2016-MIMP, que a la letra dice:

Artículo 40.- Medidas cautelares

40.1. El Juzgado de Familia ordena de oficio o a pedido de parte las medidas cautelares conforme los requisitos establecidos en el artículo 611 del Código Procesal Civil.
40.2. La víctima que cuenta con una medida cautelar puede iniciar un proceso de fondo ante el Juzgado competente, conforme el artículo 22-B de la Ley.
40.3 Las medidas cautelares se mantienen vigente hasta que el Juzgado a cargo del proceso de fondo dicte sentencia consentida o ejecutoriada, o se varíe la medida cautelar.
40.4 El Juzgado de Familia remite el cuaderno cautelar de alimentos al Juzgado competente para el inicio del proceso principal y la ejecución de la medida cautelar bajo los principios de mínimo formalismo e interés superior del niño.
40.5 El Juzgado de Familia puede dictar la medida cautelar de acogimiento familiar con familia extensa de una niña, niño o adolescente, siempre que no contravenga a su interés superior. Dicha medida cautelar es comunicada de manera inmediata a la Unidad de Protección Especial de su jurisdicción y tiene vigencia hasta que ésta aplique la medida de protección que corresponda en el marco de sus competencias.

Este nuevo texto legal contiene, al igual que el texto anterior, dos errores conceptuales: *el primero*, es confundir los requisitos de las medidas cautelares contemplados en el artículo 610 del Código Procesal Civil con los presupuestos de las medidas cautelares contemplados en el artículo 611 del mismo cuerpo legislativo, pero, el error más significativo se da cuando se exige el cumplimiento de los presupuestos procesales del artículo 611 del Código Procesal Civil para que se dicte una medida cautelar que no responde al principio dispositivo, que no importa un prejuzgamiento del juez que resolverá la pretensión principal, que no es provisoria porque su vigencia no depende de la pretensión principal, es más, puede ser indefinida si es que no se entabla la demanda principal; incluso, no resulta instrumental al proceso principal dado que su existencia no depende de este proceso, al punto que la medida cautelar y la pretensión principal serán tramitadas en dos procesos judiciales distintos y ante dos jueces diferentes.

Profundizando lo dicho anteriormente, tenemos que recordar que los presupuestos de las medidas cautelares ordinarias son: **a)** El fumus boni iuris o "la apariencia de buen derecho constitucional". **b)** El periculum in mora. El daño constitucional se produciría o agravaría por el transcurso del tiempo. **c)** Adecuación. Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la

medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue (STC EXP. N° 0023-2005-PI/TC, 27 días del mes de noviembre de 2005, FJ 52).

Estos presupuesto de las medidas cautelares hacen evidente que en un proceso de tutela o protección la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado presente serios obstáculos formales y materiales; en cuanto a los primeros, debemos tener en cuenta que el tercer párrafo del artículo 15 de la Ley N° 30364 modificado por el artículo único de la Ley N° 31156 (2021) establece que para presentar la denuncia no es necesario adjuntar ningún medio probatorio, por lo que en la generalidad de denuncias no se adjuntan partidas de nacimiento, partidas de matrimonio, sentencias de reconocimiento de unión de hecho, partidas registrales u otros medios probatorios indispensables para acreditar la verosimilitud del derecho invocado, por lo que el juez debe resolver estas medidas cautelares con la sola declaración de las partes, lo que, indudablemente, conllevaría el rechazo de las mismas o que no se utilice la facultad de medidas cautelares de oficio, porque no hay ningún medio probatorio destinado a dar verosimilitud al derecho invocado.

Con respecto a los obstáculos materiales, tenemos que la verosimilitud del derecho invocado implica que el juez que va a resolver la pretensión principal haga un prejuzgamiento de probabilidad de que esta pretensión principal será amparada en la sentencia; sin embargo, en las medidas cautelares bajo la Ley N° 30364, el juez que dicta dichas medidas nunca resolverá la pretensión principal, por lo que resulta un imposible jurídico que quien no va a sentenciar realice un prejuzgamiento de probabilidad de que la pretensión principal será amparada en la sentencia.

En lo que respecta al *periculum in mora*, debemos tener en cuenta que aquí el juez debe analizar si la demora en el proceso principal podría hacer ineficaz la sentencia; sin embargo, también encontramos obstáculos formales y materiales. En los primeros debemos señalar que, como ya se ha mencionado anteriormente, las denuncias se presentan con la sola declaración de las partes, o, en el mejor de los casos, con informes psicológicos y certificados médicos, pero ninguno de ellos está encaminado a demostrar que, para el caso concreto, esperar a que se emita una sentencia podría conllevar la ineficacia de la misma, por lo que tampoco se cuentan con medios probatorios sobre este presupuesto.

En cuanto a los obstáculos materiales, tenemos que el juez que dicta la medida cautelar será distinto al juez que tramite el proceso principal, por ello, resulta materialmente imposible que un juez analice si otro juez demorará tanto en la tramitación del proceso principal que hará ineficaz su propia sentencia, peor aún, cuando se dicta la medida cautelar ni siquiera se tiene certeza de que se iniciará un proceso en donde se discuta la pretensión principal ni el tipo de proceso que se va a iniciar (ya que puede ser uno de divorcio con pretensiones accesorias como tenencia, régimen de visitas, alimentos, entre otras, o, directamente las pretensiones de alimentos, tenencia régimen de visitas, entre otras).

Finalmente, en lo que respecta a la razonabilidad o adecuación de la medida sabemos que por este presupuesto se busca garantizar el derecho del demandante, pero, afectando al demandado sólo en lo razonablemente necesario; sin embargo, se debe tener en cuenta que también hay obstáculos formales y materiales sobre este presupuesto. En cuanto a los primeros, ya hemos mencionado que los medios probatorios, en la generalidad de casos, sólo consisten en la declaración de la parte denunciante (en pocas oportunidades se cuenta con la declaración del denunciado), certificado médico o informe psicológico; por lo que no se cuenta con elementos probatorios que busquen demostrar la razonabilidad de la afectación con la medida cautelar.

Con respecto a los obstáculos materiales, se debe considerar que no se tiene certeza si es que la parte denunciante interpondrá algún proceso para reclamar la pretensión principal, por lo que estando a que el artículo 40.3 del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2019MIMP establece que las medidas cautelares estarán vigentes hasta que quede consentida o ejecutoriada la sentencia que resuelve la pretensión de fondo, es evidente que si no se interpone la demanda sobre la pretensión principal, las medidas cautelares quedarán vigentes de manera indefinida, peor aún, así se interponga una demanda por la pretensión principal, el juez de dicha pretensión no podrá variar la medida cautelar, porque de la interpretación literal del artículo 41 del Decreto Supremo N° 009-2016MIMP modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP se tiene que sólo el juez que dictó las medidas cautelares conforme a la Ley N° 30364 podrá sustituirlas, ampliarlas o dejarlas sin efecto; en este sentido, resulta materialmente imposible que se analice la razonabilidad de una medida de la cual se desconoce su vigencia y la existencia del proceso principal, peor aún, si la sustitución, ampliación o variación no la dictará el juez que tiene mayores elementos probatorios (el que conoce el proceso principal) sino que la dictará el juez que actúe bajo la Ley N° 30364.

Por todo lo dicho anteriormente, es evidente que los presupuestos de las medidas cautelares ordinarias no podrían ser aplicados a las medidas cautelares dictadas bajo la Ley N° 30364, porque se trata de medidas cautelares excepcionales que se basan en el riesgo de probabilidad de hechos de violencia y no en los presupuestos clásicos de verosimilitud en el derecho invocado, peligro en la demora y razonabilidad o adecuación de la medida solicitada, en este sentido, es necesario que se corrijan estos errores conceptuales estableciendo presupuestos procesales propios, como lo analizamos a continuación.

Casos y Reflexiones en la aplicación de las medidas cautelares en la Ley N° 30364

1.- De la función tuitiva a las medidas cautelares destructivas: Caso Paricanaza vs. Alarcón

La Sra. Paricanaza denunció que su esposo, el Sr. Alarcón, ingresó a su habitación para amenazarla con romper su celular y que ella saldría muerta de la casa porque es una "perra", "puta", entre otros adjetivos ofensivos y denigrantes, rociándole agua en todo el cuerpo mientras la insultaba; por otro lado, el Sr. Alarcon refiere que estaba en el cuarto de su hijo cuando es la Sra. Paricanaza quien abre la puerta para decirle que no pagará nada de la pensión de la universidad de su hija ni la pensión escolar de sus otros hijos, además lo tildó de "ladrón", por lo que él se indignó y respondió: "ese perro de tu amante está mintiendo...

que él es igual que ella...", pero la Sra. Paricanaza no se quedó callada y le dijo: "te gustó lo que te hice...", es ahí cuando el Sr. Alarcón manifiesta que cogió un balde con agua y se lo arrojó a su esposa, quién a su vez cogió una escoba de plástico e intentó pegarle, interviniendo sus hijos para detener a ambos; sin embargo, ninguna de las partes presenta otro medio probatorio que su propia declaración y ambos solicitan el retiro del domicilio de la otra parte y que se dicte la tenencia provisional de sus hijos menores de edad; por lo que, el juez a cargo consideró que hay la probabilidad de hechos de violencia aunque las versiones eran contradictorias, por esta razón decide que ambos continúen habitando el mismo domicilio pero dicta diversas medidas de protección y solicita una evaluación psicológica de sus menores y una visita social para verificar los hechos denunciados y evaluar la necesidad de ampliar las medidas de protección o dejarlas sin efecto (Audiencia de medidas de protección, Expediente N° 00945-2016-0-0401-JR-FT-02, 06/10/2016). En días posteriores, la Sra. Paricanaza, ante otro juzgado, interpone una nueva denuncia afirmando que el Sr. Alarcon llegó a su domicilio y cogió dos cuchillos amenazandola con que la iba a degollar, por lo que ella se tuvo que esconder en el baño. Con esta versión y sin considerar los antecedentes, la jueza a cargo dispone el retiro inmediato del domicilio del Sr. Alarcon y otorga la tenencia provisional de los menores hijos a la Sra. Paricanaza **(Resolución N° 02, Expediente N° 01203-2016-0-0401-JRFT-01, 21/10/2016).**

En este proceso, el Sr. Alarcón no fue debidamente notificado para la audiencia ni tampoco con las medidas de protección dictadas en su contra (porque, al parecer, en la denuncia se consignó un número de celular que no le pertenecía), por lo que salió con su hija mayor a pasear y al retornar al domicilio vio a la denunciante con 2 policías, es ahí en donde se entera que se ha ordenado su retiro inmediato del domicilio y que sus hijos quedarán a cargo de la denunciante, por lo que, en su deseperación, intenta ahorcar a la Sra. Paricanaza, siendo detenido por la Policía y denunciado por tentativa de feminicidio (Protocolo de Pericia Psicológica N° 029225-2016-PSC, Expediente N° 00945-2016-0-0401-JR-FT-02, 23/01/2017).

En días posteriores, la Sra. Huamán (madre del Sr. Alarcón), en representación de sus menores nietos, interpone una denuncia en contra de la Sra. Paricanaza, en esta denuncia declararon los menores agraviados, afirmando que: a) N.A.P. (dieciséis años de edad): Que la relación con su mamá es regular porque ella no regresaba por tres o cuatro días y cuando le dieron la tenencia de ella y sus hermanos, no regresó al domicilio hasta el día siguiente, siendo su hermana mayor quien los cuidó, además, su papá era quien los cuidaba, se preocupaba por ellos, pero desde que lo sacaron de su casa está viviendo con su tío en otra dirección; b) A.A.P. (catorce años de edad): Ahora viven con su mamá, pero ella, no se preocupa por sus hermanos, nos les deja la comida, se va a su cuarto y a veces se va de la casa y los deja solos, por lo que quien se preocupaba de su alimentación, del colegio y de todo, era su papá; asimismo, refiere que quien trataba de apaciguar las peleas ha sido siempre mi papa, mientras que su mamá se ponía agresiva, perdía el control y lanzaba cosas, finalizando que le gustaría vivir con mi papá; c) A.A.P. (diez años de edad): Su mamá es celosa, discute mucho con su papá, su mamá no los deja ir con su papá, se va de la casa en la noche y regresa al otro día, por lo que su hermana mayor es quien los cuida, finalizando con que le gustaría ir a vivir con su papá (Audiencia de medidas de protección, Expediente N° 01351-2016-00401-JR-FT-01, 07/11/2016).
Después de escuchar estas declaraciones, la misma jueza que retiró del domicilio al Sr. Alarcón y dispuso la tenencia provisional a la Sra. Paricanaza, resolvió: Dejar sin efecto las MEDIDA DE TENENCIA PROVISIONAL dictada en el expediente 1203-2016, por ante el Primer Juzgado de Familia de Cerro Colorado, Disponer la tenencia provisional de los niños A.A., N.C. y A.A.A.P. a favor del padre... en tanto la Unidad de Investigación Tutelar resuelva la situación de los menores de edad, Se Dispone que A.A., N.C. y A.A.A.P. pasen al cuidado de don Alarcón en el domicilio ubicado en (...), en el día de la fecha, lugar donde los tres han opinado su deseo de vivir con su padre; disponiéndose el retiro con sus prendas personales, así como sus enseres mobiliarios de uso exclusivo de los menores de edad del inmueble de la denunciada los mismos que deberán ser detallados en acta por el efectivo policial a cargo de la ejecución de la presente medida.

(Audiencia de medidas de protección. Expediente N° 01351-2016-0-0401JR-FT-01. 07/11/2016).

Como se puede apreciar del caso antes relatado, el primer juez que recibió la denuncia no dictó la medida cautelar de tenencia provisional porque aplicó, de manera implícita, el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual se establece que para dictar la tenencia provisional se debe contar con el informe del equipo multidisciplinario, es decir, con evaluaciones psicológicas y visitas sociales a los menores, lo que también le permitiría contar con la opinión de ellos. Pero, la jueza que recibe la segunda denuncia, decide, ante la gravedad de los hechos alegados, dictar la tenencia provisional de los menores a favor de la madre, lo que ocasionó que el padre, por la impotencia de la medida dictada y estando a que no fue notificado por presunta temeridad de la denunciante, intente ahorcar a la madre en presencia de los efectivos policiales, lo que ocasionó que lo detengan por 24 horas y lo denuncien por tentativa de feminicidio; mientras que la madre expuso a los menores a una evidente desprotección familiar porque ella se retiraba del domicilio y los dejaba solos, en este sentido, el dictar una medida cautelar de tenencia provisional sin considerar los requisitos establecidos en la norma específica conllevó a que en lugar de tutelar a los citados menores, por el contrario, se los exponga a un riesgo innecesario y se termine por destruir la vida familiar que poseían.

Lo bueno de este caso es que la jueza logró enmendar su resolución inicial y dejó sin efecto la tenencia provisional, para que los menores puedan estar con el padre, quien realmente los cuidaba. Por todo ello, considero que una modificación urgente y necesaria de la Ley N° 30364 es que se establezca que, para dictar medidas cautelares de tenencia, régimen de visitas o suspensión de la patria potestad, es necesario contar con la evaluación psicológica de los padres, los menores involucrados y con un informe social.

2.- La violencia no genera automáticamente una medida cautelar: Caso Valdivia Vs. Calvo.

El Sr. Valdivia denuncia actos de violencia física y psicológica, en agravio de su menor hijo M.A.V.C. (Seis años de edad), por parte de la Sra. Calvo (madre del menor), refiriendo que cuando recogió del colegio al menor agraviado, éste le contó que su mamá (denunciada) le había pegado dándole una cachetada, jalándole los cabellos y arañando su mano (Acta de denuncia verbal, **Expediente N° 13949-2018-0-0401-JR-FT05**. Efectivamente, M.A.V.C. presenta lesiones compatibles con agente contundente requiriendo un día de atención facultativa por 2 días de incapacidad médico legal. Por otro lado, la denunciada y madre del menor agraviado declara que las agresiones son falsas y que han conciliado la tenencia compartida de su menor hijo, por la cual ambos lo tienen tres días y medio, asimismo, manifiesta que su menor hijo no quiere ir con su papá, porque él lo manipula diciéndole que, si no le hace caso, nunca más lo va a ver y se quedará con su madre (Manifestación policial de A.M.C.F., 14/11/2018, p. 20). En la audiencia de medidas de protección el denunciante solicita que se otorgue la tenencia provisional de su menor hijo dado que la denunciada ha ejercido violencia física en contra del menor, asimismo, la abogada del Centro Emergencia Mujer - CEM solicita que se suspenda temporalmente el contacto de la madre hacia su menor hijo, finalmente, la madre refiere que el padre maltrató al menor cuando éste era más pequeño.

Ante estos argumentos el juez de la causa considera que en el informe psicológico presentado se ha concluido que el niño es víctima indirecta de conflictos entre sus progenitores por presuntos desacuerdos en el desarrollo de la tenencia compartida, es más, por las referencias del niño, las denuncias entre sus progenitores le estarían generando malestar psicológico, por lo que decide dictar medidas de protección, pero no dicta la variación provisional de la tenencia compartida, porque si bien hay la probabilidad de que la madre habría utilizado la violencia física como una manera de corregir a su menor hijo, ello no implica que haya la probabilidad de que el padre sea quien garantice mejor el desarrollo integral del menor, sin perjuicio de ello, se solicitó, entre otras medidas, la terapia psicológica para el menor y una visita social inopinada (Audiencia de medidas de protección, Expediente N° 13949-2018-0-0401-JRFT-05, 16/11/2018, pp. 23-26). La asistenta social presenta su informe en donde concluye que el denunciante buscaba retomar la relación con la madre del menor y por ello se entromete en las relaciones de la familia extensa del citado menor, por otro lado, el denunciante tiene escasa habilidad para asumir su rol paterno y es consumidor experimental de bebidas alcohólicas (Informe Social N° 036-018- PJ/CSJA/MJIVCMIGF/TS-JBBM,

Expediente N° 13949-2018-0-0401-JR-FT-05, 26/11/2018).

En las terapias psicológicas el menor agraviado refirió que "vivo en mi casa bien con mi mamá, mi papá solo a veces me pega porque me comporto mal" (Informe Psicológico N°189-2018-MJIVCMIGF-CPS, Expediente N° 13949-2018-0-0401-JRFT-05, 26/11/2018).

El denunciante ha interpuesto un proceso de variación de tenencia a fin de que sea él quien ostente la tenencia del menor y a la madre se le asigne un régimen de visitas, pero después de negarse la tenencia provisional, el denunciante no ha interpuesto ninguna otra denuncia por violencia física en contra del menor.

Si bien en este caso hay una gran probabilidad de que la madre ejerció violencia física en contra de su menor hijo con el afán de corregirlo, ello de ninguna manera puede conllevar, como lo solicitó el padre y la abogada del Centro Emergencia Mujer, que se fije de manera automática una medida cautelar de variación de tenencia, prueba de ello es que en el informe social posterior se estableció, después de las entrevistas realizadas, que el progenitor buscaba retomar la relación con la denunciada y que tiene escasa habilidad para asumir su rol social, peor aún, el menor agraviado ha afirmado que es su padre el que le pega cuando se porta mal; en otras palabras, si se hubiera dictado la tenencia provisional con el único supuesto de que la madre ejerció violencia en contra de su menor hijo, es posible que se lesione el interés superior de dicho menor, por lo que es necesario que una reforma legislativa considere que, además, de exigirse la evaluación psicológica e informe social referido en el punto anterior, también se debe considerar que la existencia de indicios de hechos de violencia no genera, automáticamente, la necesidad de dictar medidas cautelares, sino que es necesario evaluar las circunstancias que impiden a la presunta víctima, solicitar estas medidas cautelares en la vía ordinaria, peor aún, cuando ya existe un proceso judicial sobre dichos extremos.

3.- La medida cautelar no puede servir para ejercer violencia: Caso Ancco Vs. Anconeyra

La Sra. Ancco denuncia a su conviviente el Sr. Anconeyra, afirmando que constantemente la agrede física y psicológicamente, pero, también la amenaza con matarla si es que termina con la relación (Declaración policial de V.A.A.P., **Expediente N° 14440-2018-0-0401-JR-FT**-05, 20/11/2018, pp. 10-12).

Ante esta denuncia, el Juez de la causa dictó medidas de protección a favor de la Sra. Ancco y de su menor hijo. Posteriormente, la abogada del CEM interpone denuncia por violencia psicológica indirecta en agravio del menor D.H.A.A.A. (Tres años de edad) y la dirige en contra de la progenitora del menor, la Sra. Ancco, ello en virtud de que se alega que han tomado conocimiento que el Sr. Anconeyra (padre del menor) habría sido víctima de agresiones físicas y psicológicas por parte del Sr. Kosko, actual pareja de la denunciada Ancco, asimismo, afirma que todos estos hechos violentos se realizaron en presencia de su menor hijo D.H.A.A.A. (Tres años de edad) mientras que la denunciada no hacía nada por detener el hecho ni proteger a su menor hijo. Por lo que solicita la medida cautelar de tenencia provisional del menor D.H.A.A.A. a favor de su progenitor el Sr. Anconeyra.

El Juez de la causa no concedió la medida cautelar afirmado que: ... No existe ningún medio probatorio que busque acreditar que el progenitor es quien garantiza mejor el desarrollo del menor, además, del propio relato de la denunciante se tiene que es él quien ha iniciado ambas discusiones en presencia del menor y su reclamo no es porque la madre cuide a su hijo, sino que busca evitar que la actual pareja de la madre tenga relación con su menor hijo, lo que podría constituir una grave discriminación a la denunciada por ser mujer, dado que si la denunciada rehace su vida sentimental perdería contacto con su hijo, lo que no se ha exigido al progenitor; sin embargo, lo dicho tampoco significa que este Magistrado avale el comportamiento atribuido a la denunciada en cuanto a que acudió a su domicilio con su actual pareja, sin haber realizado una preparación psicológica previa para el menor, comportamientos que también resultarían perjudiciales para él, sino que lo que busco establecer es que con lo alegado y sin medios probatorios resultaría irresponsable y arbitrario dictar una medida cautelar de la trascendencia de una tenencia provisional, por lo que las partes deberán dilucidar esta pretensión en el proceso ordinario correspondiente.

Como se aprecia del caso materia de comentario, el padre, asesorado del CEM, solicita la medida cautelar de tenencia provisional de su menor hijo basados en que la actual pareja de la madre habría agredido físicamente al progenitor y en presencia de su menor hijo; sin embargo, el juez no concedió la medida cautelar porque comprendió que quien inició la discusión fue el progenitor, peor aún, éste estaría condicionando a la madre para que no inicie una nueva relación sentimental si es que quiere tener a su menor hijo, por ello, es necesario regular legislativamente que el Juez está obligado a valorar que la medida cautelar no sea utilizada para ejercitar algún tipo de dominio, poder o subordinación en la otra parte, además, de no existir medios probatorios suficientes que conlleven a determinar lo que beneficia el interés superior del niño, debe evitarse dictar medidas cautelares y disponer que sea el Juez de Familia ordinario quien evalúe dicho pedido.

4.- Medidas cautelares innecesarias

Caso Flores Vs. Guzmán La Sra. Flores, denuncia maltrato psicológico por parte de su conviviente, el Sr. Guzmán, afirmando que la habría acusado de ser infiel y que tenía que irse del domicilio que ambos compartían, además, que no le iba a dar nada de dinero para solventar su embarazo (Acta de denuncia verbal, **Expediente N° 19513-2019-0-0401-JR-FT**-05, 06/10/2020, p. 6).

El juez a cargo, dictó medidas de protección, pero no dictó ninguna medida cautelar, en específico, la de asignación anticipada de alimentos manifestando que: La denunciante refiere que se encuentra en estado de gestación, aunque no existe ningún documento que respalde esta alegación, finalmente, también se considera que la propia denunciante ha referido que posteriormente pedirá alimentos, lo que es lo correcto, por cuanto esta es una vía de urgencia en la cual por excepción se pueden conceder pensiones alimenticias provisionales cuando se demuestra que la parte agraviada no puede acudir a la vía ordinaria y se hace indispensable que se fijen los alimentos para garantizar su subsistencia, lo que no ha ocurrido en el caso de autos en donde *no se cuenta con ningún indicio razonable de que la denunciante se encuentre en estado de gestación*, el tiempo del mismo y las razones por las que no puede acudir a la vía ordinaria para solicitar dichos alimentos" (Resolución N° 01, Expediente N° 19513-2019-0-0401-JR-FT05).

Después de ello, la Sra. Flores, interpone una nueva denuncia en contra del Sr. Guzmán, afirmando que, después de la primera denuncia, habían retomado su convivencia y después de ello es que ocurrieron estos nuevos hechos de violencia (Declaración Policial de R.L.F.S., **Expediente N° 11176-2020-0-0401-JR-FT-05**, Al año siguiente, la Sra. Mozombite, denuncia a la Sra. Flores y al Sr. Guzmán por presuntamente haberla insultado, afirmando que ambos son convivientes y habitan en el mismo domicilio (Declaración Policial).

Como se puede observar del presente caso, no es suficiente que exista la probabilidad de hechos de violencia, o, que la víctima sea una persona vulnerable para que se dicten medidas cautelares, por cuanto, la Sra. Flores estaba embarazada, pero no manifestó ningún elemento que haga visualizar de que necesitaba que se fije una pensión alimenticia provisional, como hubiera sido establecer por qué no podía iniciar un proceso ordinario de alimentos u otro hecho similar, de ahí que el juez no dictó medidas cautelares (aunque muchos juzgadores lo hacen, por el solo hecho de que la presunta víctima se encuentra en estado de gestación), y, creemos que no se equivocó, porque la Sra. Flores, no necesitaba una pensión alimenticia, tan es así, que a pesar de todo el tiempo transcurrido, no hay ningún proceso de alimentos hasta el momento y de los expedientes posteriores, se desprende que ambas partes retomaron su relación sentimental y que su menor hijo nació sin problema alguno.

Presupuestos para dictar medidas cautelares.

1.- La necesidad e imposibilidad de acudir a la vía ordinaria: Caso Acrota Vs. Huairoccacya.

La Sra. Acrota, quién se encontraba de ocho meses de estado de gestación, denuncia que fue víctima de violencia psicológica y económica por parte de su ex conviviente, el Sr. Huairoccacya, cuando éste último le dijo que no tenía dinero para los víveres, que ya no le esté pidiendo nada de plata y que ya se cansó de ella, por otro lado, la denunciante afirma que no tiene ningún familiar que la apoye, que no trabaja por su estado de gestación (Denuncia verbal, **Expediente N° 14519-2018-0-0401-JR-FT-05,** 21/11/2018, p. 6) y que tiene un hijo de nueve años de edad con el denunciado, al cual tampoco le pasa alimentos, por lo que solicita que el Sr. Huairoccacya le brinde una pensión alimenticia para su hijo y que la apoye cuando nazca su otro hijo.

El *Juez de la causa* tuvo en consideración que: "Se tiene que la agraviada ha declarado de manera sólida y coherente que la parte denunciada habría ejercido sobre ella actos de violencia psicológica y económica, refiriendo la agraviada que a la actualidad se encuentra en etapa de gestación de ocho meses, lo que incrementa su estado de riesgo y vulnerabilidad; por lo que a criterio de este Magistrado se genera una situación de riesgo que debe ser controlada con la emisión de medidas de protección, que comprenderán la asignación temporal de alimentos para la agraviada dada su imposibilidad de acudir a la vía ordinaria por su avanzado estado de gestación... Que el denunciado don Huairoccacya pague una pensión alimenticia mensual ascendente a Doscientos cincuenta con 00/100 soles, que serán depositados los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta alimentista que aperturará el Banco de la Nación a favor de la agraviada, por un plazo de cinco meses, así como hacerse cargo de todos los gastos que se genere el parto de la agraviada" (Audiencia de medidas de protección).
Como se puede apreciar, en este caso, la denunciante no sólo se encontraba en estado de gestación, sino que, debido a que ya tenía ocho meses del mismo, era probable que no pueda trabajar, peor aún, no contaba con ningún soporte familiar y tenía otro hijo menor de edad, por todo ello, es evidente que la denunciante no podía acudir a la vía ordinaria para solicitar una pensión alimenticia, de ahí que el Juez consideró brindar una pensión alimenticia.

Otro punto interesante es que, a pesar de todo lo dicho, la pensión alimenticia no fue otorgada de manera indefinida, sino que se otorgó la pensión por un plazo de cinco meses, tiempo en el cual la denunciante debía acudir a la vía ordinaria, con este tipo de plazos se busca que las partes acudan a la vía ordinaria, debido a que muchas de ellas, obtienen la pensión anticipada de alimentos y dejan de iniciar los procesos ordinarios, con lo que la medida cautelar se convierte en una especia de sentencia y se desnaturaliza su finalidad.

2.- Sin riesgo no puede dictarse medidas cautelares: Caso Sarmiento Vs. Gómez

El 01 de noviembre del 2019 el Ministerio Público solicita la prisión preventiva del Sr. Sarmiento por el lapso de nueve meses, afirmando que él y la Sra. Gómez mantuvieron una relación de convivencia y procrearon un hijo de iniciales E.M.S.G. (Siete años de edad), en este sentido, después de haber surgido una discusión acalorada entre ambos, el Sr. Sarmiento mata a la Sra. Gómez (Requerimiento de prisión preventiva, **Expediente N° 11567-2019-18-0401-JR-PE**-01, 01/11/2019, pp. 1-14). El 3 de noviembre del 2019 la Jueza a cargo declara fundado el requerimiento de prisión preventiva por nueve meses para el Sr. Sarmiento. (Audiencia de Prisión Preventiva).

Después de ocurridos estos hechos, el Servicio de Atención Urgente interpone denuncia en contra del Sr. Sarmiento afirmando que su menor hijo habría presenciado cómo asesinó a su madre, razón por la cual solicitan se declare la suspensión de la patria potestad y se constituya el domicilio del menor como hogar (patrimonio) familiar (Denuncia de parte, Expediente N° 21263-2019-0-0401-JR-FT-08, 04/11/2019, pp. 2-7). El Juez a cargo no aceptó ninguna de las medidas cautelares solicitadas debido a que consideró que la suspensión de la patria potestad no contaba con elementos probatorios que la justifiquen, más aún si el denunciado se encontraba con prisión preventiva y en lo que respecta a la constitución del domicilio del menor agraviado como hogar (patrimonio) familiar, consideró que el menor agraviado debe ser tratado psicológicamente de inmediato, y es el psicólogo quien deberá opinar si es conveniente que el menor agraviado retorne o no a su antiguo domicilio, además, el pedido realizado no ha sido debidamente

sustentado ni tampoco se ha aclarado la extensión del mismo (si se refiere a aspectos patrimoniales por una posible disposición o si se refiere que se autorice el reingreso del menor a dicho domicilio).

Como se puede apreciar del caso materia de comentario, tenemos que existe un hecho de violencia grave, sobre el cual no hay discusión alguna; sin embargo, el juez no acepta las medidas cautelares solicitadas, porque no hay prueba que este hecho de violencia haya generado un riesgo en el menor agraviado, debido a que la suspensión de la patria potestad no se sustentó en un hecho concreto distinto a la violencia denunciada, lo mismo ocurrió con la constitución de patrimonio familiar, por ello, las medidas cautelares si bien están vinculadas al hecho de violencia (porque sin violencia no hay medidas cautelares), ello no significa que sea el hecho de violencia el que determine que se dicten medidas cautelares, por lo que es necesario exponer el riesgo adicional que ha generado el hecho de violencia y que sólo puede ser controlado con el dictado de medidas cautelares.

3.- Medidas cautelares de oficio: Caso Ruiz Vs. De Amorin

La Sra. Ruiz denuncia al Sr. De Amorin (19 años de edad) por haber agredido psicológicamente a su menor hija de iniciales A.M.C.R. (16 años de edad), ello en virtud de que el denunciado y la menor agraviada eran convivientes hasta hace un mes, aproximadamente, por lo que la hermana del denunciado citó a la menor a fin de entregarle víveres para la menor hija de ambos (nieta de la denunciante); sin embargo, cuando estuvieron en el inmueble, el denunciado intentó abrazar a la menor agraviada y como ésta no quiso, el denunciado la amenazó de que si dejaba que su mamá siga metiéndole ideas en la cabeza y no retomaba la relación, iba a matarlas a las dos y se llevaría a su menor hija (Denuncia verbal, **Expediente N° 17793-2019-0-0401-JR-FT05**, 10/09/2019, p. 6), lo que fue ratificado por la propia menor agraviada (Declaración referencial de la menor de iniciales A.M.C.R. Expediente N° 17793-2019-0-0401-JRFT-05. 10/09/2019, pp. 16-17). En la audiencia de medidas de protección se declaró que las denunciantes no tienen conocimiento del domicilio actual del denunciado, que todas las partes son de nacionalidad venezolana, que el denunciado consume bebidas alcohólicas y drogas y que ya ha amenazado con quitarle a su menor hija, por lo que el juez a cargo valoró que la agraviada era menor de edad, por lo que por el enfoque de interseccionalidad es mucho más vulnerable, además, se ha alegado que el denunciado es consumidor de drogas y alcohol lo que sumado al hecho de que no se conoce su domicilio y que habría amenazado de muerte a ambas denunciantes, hacen evidente que existe un riesgo muy grande de que hayan ocurrido los hechos denunciados y que estos vuelvan a ocurrir por la finalización de la relación entre la menor agraviada y el denunciado, a esto hay que adicionar que la hija de la menor agraviada sólo tiene un mes de nacida y que el denunciado ha amenazado con llevársela, lo que se agrava porque todos son extranjeros (venezolanos), en este sentido, además de una serie de medidas de protección, se dictó la tenencia provisional a favor de la menor agraviada.

Con este caso se refleja claramente que, a pesar de que la flexibilización del principio dispositivo sólo fue concebida para resolver la cuestión de fondo, sin embargo, en los casos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, también se puede brindar, por excepción, medidas cautelares de oficio, siempre y cuando el riesgo sea de tal gravedad que haga necesario que el juez, en resolución debidamente motivada, se pronuncie de oficio y conceda medidas cautelares.

4.- Sólo se dictan medidas cautelares y no de ejecución: Caso Zegarra Vs. Choquehuanca

La Sra. Zegarra, en su calidad de madre, interpone denuncia de violencia económica en agravio de los menores B.J.Ch.Z., D.C.Ch.Z. y L.D.Ch.Z, en contra del Sr. Choquehuanca, quien ostenta la calidad de padre, por cumplir de forma Deficiente (por retraso) el pago de las pensiones alimentarias fijadas por Acta de Conciliación Extrajudicialmente, además, de otros hechos de violencia psicológica (Denuncia de parte, **Expediente N° 17361-2019-0-0401-J R-FT-05**, 05/09/2019, pp. 126). El Juzgado a cargo establece que no se puede ejecutar un acuerdo de pensión alimenticia en una vía de urgencia que busca dictar medidas de protección referidas a hechos de violencia y no a afectaciones producto del incumplimiento de acuerdos, conciliaciones o sentencias.

Como se puede apreciar, hay varias medidas cautelares que se solicitan a pesar de que ya existen conciliaciones o transacciones extrajudiciales, buscando que la vía de protección se convierta en una vía de ejecución de estos acuerdos, por ello, considero que, si existe un proceso judicial en trámite y/o un título de ejecución, ya no es viable que en un proceso de protección se dicten medidas cautelares, salvo circunstancias excepcionales que se desprendan del caso concreto.

5.- El análisis debe ser integral: Caso Sánchez Vs. Quispe

En el 2012, la Sra. Sánchez y el Sr. Quispe concilian judicialmente, que la tenencia de la menor R.B.Q.S. la ostentaría el padre (Audiencia Especial, **Expediente N° 03531-2011-0-0401-JR-FC-02**, 2 de julio del 2012). Cuatro años después, la Sra. Sánchez solicitó la variación de la tenencia de su menor hija R.B.Q.S. a su favor y que se fije un régimen de visitas a favor del padre; sin embargo, la demanda fue declarada infundada debido a que si bien la menor manifestó que quería vivir con su madre, porque con ella podía conversar cosas de mujeres, no obstante, el juez valoró que, según el informe social, la madre domiciliaba en una habitación alquilada en la cual los demás inquilinos eran varones y constantemente llegaban en estado de ebriedad y realizaban escándalos (peleas), lo que significaba un riesgo innecesario para la integridad de la menor, dado que el padre la venía criando de manera aceptable (Sentencia N° 33-2016, Expediente N° 00766-2014-0-0401-JR-FC01). A casi dos años de emitida esta sentencia, la Sra. Sánchez, en compañía de su menor hija R.B.Q.S. (13 años de edad), denuncian que la citada menor viene siendo víctima de violencia física y psicológica por parte de su progenitor, quien, según la denuncia, en forma constante la insulta diciéndole que es una "perra", "puta", "sonsa", no dándole sus alimentos a sus horas y propinándole golpes en diferentes partes del cuerpo; por este motivo es que se va a casa de su madre. Otro punto de la denuncia establece que hace un mes la menor se fracturó el pie derecho y el padre se acercó al hospital a reclamarle a la madre que por su negligencia su hija iba a perder el año debido a que él no iba a poder atenderla, asimismo, que la menor necesita Brackets y lentes pero que el progenitor no le compra nada a pesar de que recibe una pensión de alimentos (Acta de denuncia verbal, Exp. N° 14078-2018-0-0401-JR-FT-10, 15/11/2018, p. 6).

La menor R.B.Q.S. declara policialmente que desde hace un mes y medio vive con su mamá, su hermano y la pareja de su mamá, dado que con su papá la relación es mala, no se comunican porque nunca le hace caso, siempre esta con el celular y si hablan la grita y la insulta (Declaración policial de R.B.Q.S., Exp. N° 14078-2018-O0401-JR-FT-10, 15/11/2018, pp. 10-11). El denunciado negó las agresiones y, por el contrario, afirmó que su menor hija presenta cortes en sus brazos y se ha fracturado la pierna mientras estaba bajo el cuidado de la madre (Declaración policial de R.G.Q.O.). En la audiencia de medidas de protección, la menor, sin la presencia de sus progenitores, modificó su versión y afirmó que ella tiene un temperamento igual que el de su papá y por ello no se llevan bien con él por lo que el Ministerio Público solicita que se haga valer la tenencia que ya está establecida por conciliación, sin embargo, el juez resolvió:

"1.- La suspensión de la tenencia de la hija de ambos a favor del padre, esto por el plazo de cinco meses, teniendo que quedarse la menor bajo la custodia de la madre; sin perjuicio de determinar un régimen de visitas a favor del padre, el mismo que podrá visitar a su hija los días sábados y domingos de dos de larde a siete de la noche, esto con externación del domicilio de la madre" (Audiencia de medidas de protección, Exp. N° 14078-2018-0-0401-JR-FT-10, 19/11/2018). Después de dictadas las medidas de protección, la Sra. Sánchez solicita judicialmente la variación de la tenencia, en este proceso se realiza una evaluación psicológica a la menor R.B.Q.S. en la cual refiere que le gustaba ir a la piscina con su papá, pero que no le gustaba cuando la gritaba en su casa, además, que quiere vivir con su madre y no con su padre, a quien lo está visitando (Informe Psicológico Nro.I762019-EMAJF-PS-AAYV, 09 de septiembre del 2019).

Como podemos apreciar, en este caso la madre entregó la tenencia de su menor hija al progenitor, por lo que fue él quien se hizo cargo de ella; posteriormente, en un proceso judicial ordinario, el juez no varió la tenencia de la menor hacia la madre, porque ella habitaba en un lugar que era peligroso y porque el padre estaba realizando una crianza aceptable, es decir, no existían indicios de violencia por parte del padre hacia la menor, por el contrario, él era quien mejor garantizaba el desarrollo integral de su menor hija; en este sentido, el juez debió apreciar estos antecedentes para, por lo menos, indagar un poco más sobre la causa por la que de manera repentina este progenitor haya cambiado de ser un buen padre a un padre

agresor con insultos tan graves como los descritos y con agresiones físicas que definitivamente no son normales. Peor aún, el Juez tampoco realiza una indagación sobre los hechos de negligencia denunciados por el padre, dado que se ha alegado que mientras la menor se encontraba bajo la custodia de la madre, ella presenta lesiones en sus brazos y se habría fracturado la pierna, es decir, se denuncia que el padre habría realizado agresiones psicológicas y físicas de las cuales no hay ningún informe psicológico o certificado médico, pero el juez de inmediato varió la tenencia de la menor, sin indagar si era verdad de que la menor tenía lesiones en sus brazos y se había fracturado la pierna, a pesar de que para fijar la tenencia se requiere analizar a ambos padres y no sólo a uno de ellos.
En este caso hay indicios de que la menor ha modificado su versión, porque cuando fue con su madre a denunciar a su padre, alegó agresiones graves, pero cuando conversó con el juez le dijo que no se llevaba bien con su padre porque ella era igual a él, sin alegar agresiones, peor aún, en el proceso de variación de tenencia la menor no alega ninguna agresión por parte de su progenitor, incluso afirma que le gustaba ir con él a la piscina, lo que es una muestra clara de que la tenencia fue variada de manera superficial y sin analizarse los antecedentes, las conductas de ambos progenitores y la variación de la versión de la menor.

Necesidad de la reforma

Como se ha desarrollado anteriormente, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y tiene como características el ser provisoria, instrumental y variable; no obstante, ninguna de estas características se aplica a las medidas cautelares que se dictan en la Ley N° 30364, por cuanto, el juez de protección nunca conocerá el proceso principal, de ahí que la medida cautelar no es instrumental a una pretensión principal, tampoco es provisoria, porque su duración no está sujeta al término del proceso principal.

También hemos visto cómo constituye un grave error que se disponga que las medidas cautelares se deben dictar en audiencia, dejándose de lado aquellos casos en los cuales no hay audiencia; además, constituye otro error conceptual el exigir el cumplimiento de los presupuestos procesales del artículo 611 del Código Procesal Civil para una medida cautelar que no responde al principio dispositivo, que no importa un prejuzgamiento, que no es provisoria y que no resulta instrumental. Más aún si se considera que la verosimilitud del derecho implica un prejuzgamiento de que esta pretensión principal será amparada en la sentencia, pero en las medidas cautelares bajo la Ley N° 30364, el juez que dicta dichas medidas nunca resolverá la pretensión principal, por lo que no podrá analizar la verosimilitud del derecho.
Además, el juez que dicta la medida cautelar será distinto al juez que tramitará el proceso principal, incluso, no se sabe si existirá un proceso principal (ya que esto depende de la parte agraviada), por ello no se puede analizar el peligro en la demora.

Finalmente, se ha visto que sólo el juez que dictó las medidas cautelares conforme a la Ley N° 30364 podrá sustituirlas, ampliarlas o dejarlas sin efecto, por lo que podrían existir dos medidas cautelares en un solo caso, generando resoluciones contradictorias.

En virtud de todo lo antes señalado, se hace necesario que la Ley N° 30364 establezca características y presupuestos procesales propios para las medidas cautelares, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Para dictar medidas cautelares de tenencia, régimen de visitas, suspensión de la patria potestad u otros asuntos que influyan directamente en niños, niñas y adolescentes, es necesario contar con la evaluación psicológica de los padres, los menores involucrados y con el Informe social, salvo casos excepcionales;
b) Para dictar medidas cautelares es necesario evaluar las circunstancias que impiden a la presunta víctima, solicitar estas medidas cautelares en la vía ordinaria;
c) En caso de dudas sobre el dictado de medidas cautelares, se debe preferir a la jurisdicción ordinaria;
d) Las medidas cautelares si bien están vinculadas al hecho de violencia (porque sin violencia no hay medidas cautelares), ello no significa que sea el hecho de violencia el que determine que se dicten medidas cautelares, por lo que es necesario exponer un riesgo adicional;
e) Se puede brindar, por excepción, medidas cautelares de oficio, siempre y cuando el riesgo sea de tal gravedad que haga necesario que el juez, en resolución debidamente motivada, se pronuncie de oficio y conceda medidas cautelares;
f) Si existe un proceso judicial en trámite y/o un título de ejecución, ya no es viable que en un proceso de protección se dicten medidas cautelares, salvo circunstancias excepcionales que se desprendan del caso concreto; y,
g) Para analizar una medida cautelar se deben valorar los procesos judiciales entre las partes, las conductas de los progenitores y las contradicciones en las declaraciones.

Cuadro Comparativo de la modificación de la Ley N° 30364.

LEY N° 30364 "LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR"	PROPUESTA DE LA MODIFICACION DE LA LEY Nº 30364
Artículo 22-B Medidas Cautelares De oficio o a solicitud de la víctima, el juzgado de familia, en la audiencia oral, se pronuncia sobre las medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas, las personas dependientes o en situación de vulnerabilidad a cargo de la víctima. El juzgado de familia informa a la víctima sobre su derecho de iniciar el proceso sobre las materias a las que se refiere el párrafo anterior y, a su	**Artículo 22-B Medidas Cautelares** **1. En cualquier estado del proceso, a solicitud de la víctima o de la parte denunciante, el juzgado de familia evalúa el dictado de medidas cautelares que resguarden pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión de la patria potestad, acogimiento familiar, disposición de bienes y otros aspectos conexos.** **2. Por excepción y en resolución**

solicitud, oficia al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que actúe de acuerdo a sus competencias.	**debidamente motivada, el juzgado de familia podrá dictar medidas cautelares de oficio. No proceden Medidas Cautelares cuando existan conciliaciones, sentencias judiciales o procesos judiciales en trámite sobre las mismas pretensiones.** **3. En caso de Medidas Cautelares que involucren los intereses de niños, niñas y adolescentes, se deberá requerir la inmediata evaluación psicológica e informe social de todos los interesados, salvo que, por las circunstancias especiales del caso, el juez, en resolución debidamente motivada, prescinda de dichos informes.** **4. Para el dictado de Medidas Cautelares el juez deberá tener en cuenta el riesgo adicional creado por el hecho de violencia, la necesidad de la medida cautelar y las circunstancias especiales del caso, que incluyen la existencia de antecedentes judiciales, conducta de las partes, contradicciones relevantes en las declaraciones, entre otros. En caso de dudas sobre el cumplimiento de estos presupuestos, se prefiere a la jurisdicción ordinaria.**

II. EFECTOS DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta legislativa no contraviene la Constitución Política del Perú, por el contrario, lo complementa para garantizar una administración de justicia correcta en beneficio de los justiciables. Los efectos sobre la legislación vigente es establecer la admisión y otorgamiento de Medidas Cautelares de forma óptima, respecto a pretensiones de alimentos, régimen de visitas, tenencia, suspensión de patria potestad, acogimiento familiar y otros.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación de la norma propuesta y su aplicación no genera ningún costo institucional ni financiero para el Estado, por tratarse de modificación del otorgamiento de Medidas

Cautelares de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contralas mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Sin embargo, los beneficios son relevantes en la medida que se mejorara la administración de justicia en el otorgamiento de las medidas cautelares, a favor de la agraviada o agraviado en violencia familiar, a favor del menor de edad bajo el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, optimizando la cautela y beneficio sin alterar la unidad familiar, valorando los medios probatorios otorgados por las Instituciones especializados o de auxilio en temas de Violencia contra la Mujer y grupo familiar,

IV. VINCULACIÓN CON LAS POLÍTICAS DEL ACUERDO NACIONAL

Esta iniciativa se relaciona con la Política 11° Promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación. Política 16: Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventus.