

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

“Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo”

Área de Investigación:

Instituciones del Derecho Procesal

Autor:

Ms. Avalos Pretell, Bruno Fernando

Jurado Evaluador:

Presidente: Ortecho Villena, Víctor Julio

Secretaria: Benites Vásquez, Tula Luz

Vocal: Lozano Peralta, Raúl Yván

Asesor:

Florián Vigo, Olegario David

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1646-2819>

TRUJILLO – PERÚ

2022

Fecha de sustentación: 2022/09/08

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO



**INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD Y EL
DERECHO AL CONTRADICTORIO COMO
JUSTIFICADORES DEL CONTRADICTORIO PREVIO EN
LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Autor: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Asesor: Dr. Olegario David Florián Vigo

TRUJILLO-PERÚ

2022

DEDICATORIA

A Dios, por brindarme su bendición y cuidado.

A mis padres, Alex y Gilberto, por su amor, atención, consejos y amistad incondicional.

A mi mamá Mary, por su amor desmedido, por ser mi mejor amiga y mi guía de vida en muchos aspectos.

A mi mamá Bertha, que desde el cielo me sigue cuidando. Gracias por todo el amor que me brindaste, todo logro que consiga también será tuyo.

A Adriana, por ser una gran hermana. Gracias por ser parte de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis Olegario David Florián Vigo, por todos los consejos brindados, por ser más que un maestro académico y de vida; sin su asesoría, comprensión y tiempo, esta tesis no hubiese podido concretarse.

A mis colegas del doctorado, con quien discutí en reiteradas veces sobre el presente trabajo de investigación, sus sugerencias y comentarios coadyuvaron a mejorar este informe final.

A mis amigos del CIJC-Trujillo, que comprendieron mi ausencia por los dos años que duró el doctorado y por escuchar las ideas preliminares que desembocaron en la elaboración de este trabajo de investigación.

A mis mejores amigas y amigos, Ivonne, Karen, Andrea y Daniel, que escucharon atentamente todas las complicaciones que se suscitaron en el desarrollo de la presente tesis.

A los doctores José Palomino Manchego, Carlos Mesía Ramírez, Raúl Chanamé Orbe, Carlos Pérez Ríos y Omar Sar Suárez y a la doctora María Rojas Guanilo, por sus enseñanzas y diálogo alturado en el transcurso de cada una de las asignaturas que formaron parte del programa de doctorado.

RESUMEN

La presente tesis se intitula “Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo”, la cual estuvo destinada a determinar por qué el interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio en su sentido fuerte justifican que el contradictorio previo sea establecido como regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo. El problema planteado fue evaluado aplicando el método lógico deductivo, mientras que los métodos jurídicos practicados fueron el comparativo, el hermenéutico y, de forma especial, el dogmático. Las técnicas para recolectar los datos empleadas fueron esencialmente dos: la encuesta y el análisis bibliográfico, mientras que los instrumentos para recabar los datos fueron la guía de encuesta y las fichas bibliográficas. El resultado más relevante consistió en que el contradictorio previo, como regla, en la tramitación de medidas temporales sobre el fondo, se ha instaurado en los países de avanzada en los que rige el modelo de Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de España e Italia. La conclusión más relevante es que el derecho al contradictorio en su sentido fuerte y el interés superior del niño, como norma de procedimiento, justifican que el contradictorio en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo vinculada a derechos de los infantes sea previo, toda vez que ambos garantizan que exista la menor posibilidad de error en la adopción de la decisión anticipada, lo cual implica que se reduzcan las posibilidades de causar algún daño irreparable al infante. Aunado a ello, el primero democratiza el proceso y vuelve más legítima la decisión anticipada del juez, y el segundo permite que se puedan avizorar las consecuencias de la medida temporal sobre el fondo sobre el niño o adolescente.

ABSTRACT

The present thesis is entitled "Best interests of minors and the right to adversarial proceedings as justifiers of the prior adversarial proceedings in temporary measures on the merits", which was aimed at determining why the best interests of minors and the right to adversarial proceedings in its strong sense justify that the prior adversarial proceedings be established as a rule in the processing of temporary measures on the merits. The problem posed was evaluated by applying the logical-deductive method, while the legal methods used were comparative, hermeneutic and, especially, dogmatic. The data collection techniques used were essentially two: the survey and bibliographic analysis, while the instruments used to collect data were the survey guide and the bibliographic cards. The most relevant result was that prior contradictory proceedings, as a rule, in the processing of temporary measures on the merits, has been established in advanced countries where the Constitutional State of Law model is in force, as is the case of Spain and Italy. The most relevant conclusion is that the right to contradictory hearing in its strongest sense and the best interests of the child, as a procedural rule, justify that the contradictory hearing in the processing of a temporary measure on the merits linked to the rights of infants be prior, since both guarantee that there is the least possibility of error in the adoption of the anticipated decision, which implies that the possibility of causing irreparable harm to the infant is reduced. In addition, the former democratizes the process and makes the judge's anticipated decision more legitimate, and the latter allows the consequences of the temporary measure on the child or adolescent to be foreseen.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	13
1. Problema.....	13
1.1. Planteamiento del problema.....	13
1.2. Enunciado	17
2. Hipótesis	17
3. Objetivos.....	18
3.1. Objetivo General.....	18
3.2. Objetivos Específicos.....	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	19
I. Antecedentes	19
II. Bases teóricas.....	23
SUB CAPÍTULO I : CONFLICTO, FAMILIA Y MENORES DE EDAD.....	24
1.1. El conflicto humano.....	24
1.2. El conflicto familiar	26
1.3. Los menores de edad en el conflicto familiar	27
SUB CAPÍTULO II: EL PROCESO DE FAMILIA Y LOS MENORES DE EDAD.....	28
2.1. El conflicto familiar y el proceso de familia	28
2.2. La constitucionalización del proceso de familia.....	29
2.3. El juzgador en los litigios procesales de familia y la tutela de los derechos de los infantes	34

SUB CAPÍTULO III: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD...	37
3.1. Definición	37
3.2. Naturaleza jurídica	38
3.3. Contenido	40
3.3.1. Su entendimiento como derecho subjetivo	40
3.3.2. Su entendimiento como principio	40
3.3.3. Su entendimiento como norma de procedimiento	42
3.4. Desarrollo normativo	42
3.5. Desarrollo jurisprudencial	47
3.6. El interés superior de la infancia en la normativa peruana	51
3.7. El interés superior del menor de edad como norma de procedimiento y su influencia en los procesos de familia	53
SUB CAPÍTULO IV: EL DERECHO FUNDAMENTAL AL CONTRADICTORIO	54
4.1. Los derechos fundamentales procesales	54
4.2. Evolución histórica	55
4.2.1. Primer estadio: el contradictorio como principio iusnatural.....	55
4.2.2. Segundo estadio: el contradictorio en el liberalismo procesal.....	55
4.2.3. Tercer estadio: debilitación del derecho al contradictorio en las reformas procesales	56
4.2.4. Cuarto estadio: el derecho al contradictorio como derecho constitucional.....	56
4.3. Los dos sentidos del derecho al contradictorio	58
4.3.1. Sentido débil del derecho al contradictorio	58
4.3.2. Sentido fuerte del derecho al contradictorio	59
4.4. Definición	60

4.5. Su tratamiento en el Derecho Comparado	61
4.5.1. España.....	61
4.5.2. Italia	62
4.6. Su tratamiento en el Perú	63
4.6.1. En los dispositivos legales	63
4.6.2. En la doctrina.....	64
4.6.3. En la jurisprudencia	64
4.7. El derecho fundamental al contradictorio en los procesos de familia.....	65
SUB CAPÍTULO V: LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO..	66
5.1. Tutela cautelar.....	66
5.2. Tipología de las medidas cautelares	66
5.2.1. Medidas cautelares para futura ejecución forzada.....	67
5.2.2. Medidas cautelares innovativas	69
5.2.3. Medidas cautelares de no innovar.....	69
5.2.4. Medidas temporales sobre el fondo	70
5.2.5. Otras medidas cautelares	71
5.2.6. Medida cautelar genérica.....	72
5.3. Tutela cautelar y tutela anticipada	72
5.4. Las medidas temporales sobre el fondo: ¿manifestación de la tutela cautelar o de la tutela anticipada?	75
5.5. Análisis de los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo	80
5.6. Las medidas temporales sobre el fondo en el proceso de familia y su vinculación con los derechos de los menores de edad.....	82
5.6.1. Anticipación de alimentos	85
5.6.2. Tenencia provisional.....	87

5.6.3. Régimen de relación provisional	88
5.6.4. Suspensión provisional del tutor.....	89
5.6.5. Filiación judicial de paternidad extramatrimonial.....	90
5.6.6. Patria potestad.....	90
5.6.7. Divorcio y separación de cuerpos.....	91
SUB CAPÍTULO VI: LA REGLA DEL CONTRADICTORIO PREVIO EN LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO VINCULADAS A DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD.....	
6.1. En el derecho comparado	93
6.1.1. España.....	93
6.1.2. Italia	96
6.1.3. Brasil.....	97
6.1.4. Argentina	98
6.2. En el ordenamiento jurídico peruano	99
6.2.1. Doctrina	99
6.2.2. Normativa	101
SUB CAPÍTULO VII: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD Y EL DERECHO AL CONTRADICTORIO EN SU SENTIDO FUERTE COMO JUSTIFICADORES DEL CONTRADICTORIO PREVIO COMO REGLA EN LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO	
7.1. Premisa.....	103
7.2. Regla: contradictorio previo.....	105
7.3. Supuestos excepcionales que justifican el contradictorio diferido	107
III. Marco conceptual.....	109
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	113

1. Metodología.....	113
1.1. Método lógico	113
1.2. Métodos jurídicos.....	113
1.3. Técnicas de recolección de datos	113
1.4. Instrumentos de recolección de datos	114
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	115
1. Estudio legislativo	115
2. Estudio jurisprudencial	123
2. Estudio doctrinario.....	127
4. Encuesta practicada a expertos (jueces de la especialidad de familia)	136
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	155
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES.....	15757
6.1. Propuesta legislativa.....	157
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	166
ANEXOS.....	178
1. Instrumento de recolección de datos.....	178

ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1.....	115
Tabla 2.....	117
Tabla 3.....	119
Tabla 4.....	121
Tabla 5.....	123
Tabla 6.....	125
Tabla 7.....	127
Tabla 8.....	128
Tabla 9.....	130
Tabla 10.....	132
Tabla 11.....	134
Gráfico 1.....	136
Gráfico 2.....	138
Gráfico 3.....	140
Gráfico 4.....	142
Gráfico 5.....	143
Gráfico 6.....	145
Gráfico 7.....	147
Gráfico 8.....	148
Gráfico 9.....	150
Gráfico 10.....	152

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Problema

1.1. Planteamiento del problema

El nacimiento del Estado Constitucional de Derecho trajo consigo un novísimo modelo ideológico y político por el cual la constitución asumió un rol preponderante sobre la ley; así, de un Estado de Derecho, en donde las normas primordiales eran las leyes, se transitó a un Estado en donde la carta magna se instauró como la norma fundamental y a partir de la cual los demás dispositivos normativos infraconstitucionales deben ser interpretados y aplicados.

Este modelo influyó fuertemente en las diversas ramas del Derecho, generando consigo que se produzca el fenómeno de la Constitucionalización de los Derechos.

Una de las ramas jurídicas que ha transitado por este fenómeno es el Derecho Procesal, generando consigo que el proceso no solo sea visto como un medio para proteger derechos, sino también como un instrumento que se centre en lo que busca proteger: la persona humana. En este sentido, la persona humana, como ser digno, requiere de una adecuada tutela, lo cual supone que el proceso se adapte a las necesidades que motivaron que se acuda a él (Priori, 2019).

Para que el proceso cumpla tal cometido, requiere necesariamente que esté instituido sobre el pilar del respeto de los derechos considerados como fundamentales, los cuales se encuentran presentes a lo largo de todo su desarrollo.

Uno de estos derechos es el denominado derecho al contradictorio, el cual pasa a instituirse como el valor-fuente del propio proceso, debido a que posibilita el ejercicio de una democracia participativa y la búsqueda de la verdad (Cavani, 2012). Su relevancia es tal, que en la doctrina se ha afirmado que no es posible

concebir la existencia de un proceso sin contradictorio (Do Passo, 2010; Alfaro, 2014).

El desarrollo teórico del derecho al contradictorio, sobre la base del entendimiento que se está frente a un Estado Constitucional, ha conseguido que este deje de ser visto únicamente como una garantía del demandado (contradictorio en el sentido débil), para pasar a instituirse como un principio que genera que la decisión acogida por el juez haya sido fuertemente influenciada por las partes procesales y los demás sujetos que guarden relación con el litigio (Do Passo, 2010) (contradictorio en sentido fuerte).

Ahora bien, pese a dicho desarrollo, un problema que sigue latente en la actualidad es lo concerniente a la intensidad que debe tener el referido derecho en aquellos casos en los que resulta necesario obtener una tutela satisfactiva anticipada que esté relacionada con los intereses de los infantes, esto es, cuando se está frente a las denominadas medidas temporales sobre el fondo que guarden vinculación con los derechos de los menores de edad.

Así, en el derecho comparado se logra apreciar que esta problemática en términos generales ha desencadenado que se forjen dos posiciones antagónicas: la primera que establece que el contradictorio previo es la regla para la concesión de dichas medidas (siendo la excepción, frente a determinadas circunstancias, que el contradictorio sea diferido), y la segunda que instituye que el contradictorio en estos casos siempre será diferido.

En el primer grupo encontramos a los ordenamientos jurídicos de España e Italia, en los cuales dicha posición ha sido recogida en sus respectivos cuerpos normativos. Así, en el caso de Italia, luego de la reforma de 1990, en su *Código di*

Procedura Civil, artículo 669-*sexies*, el contradictorio previo es la regla para la concesión o denegación de las referidas medidas (sea que estén o no vinculadas con derechos de los infantes); siendo el contradictorio diferido la excepción cuando la especial urgencia del caso así lo amerite o cuando generar el contradictorio previo generará la irreparabilidad del derecho material.

En España, con el artículo 733.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, luego de entender que las medidas cautelares (en las que se hallan, según su regulación, las medidas que anticipan tutela satisfactiva), a pesar de no tener carácter definitivo, pueden afectar derechos e intereses legítimos (Ortells, 2000), se estableció como regla que la concesión o denegación de dichas medidas debía hacerse respetando el contradictorio previo, siendo la excepción el contradictorio diferido.

En el segundo grupo encontramos a Brasil, en donde interpretando el artículo 303 de su Código Procesal Civil se advierte que las medidas temporales sobre el fondo (entendidas por dicho cuerpo normativo como tutela anticipatoria) son concedidas o denegadas sin contradictorio previo.

Estas posiciones antagónicas también se encuentran presentes en el contexto nacional, centrándose la discusión en el contenido del artículo 637 del Código Procesal Civil, que resulta aplicable para la fundabilidad del pedido de medidas temporales sobre el fondo vinculadas a los derechos de los infantes.

Así, un sector de la dogmática ha sostenido que en dicho dispositivo, el derecho al contradictorio se ha regulado de forma relativa (Guerra, 2006), debido a que no existe un contradictorio previo, sino uno diferido a través de la figura de la oposición; señalándose que no es posible que exista contradictorio previo, pues,

de lo contrario, se podría frustrar la eficacia de la medida concedida (Ledesma, 2018) y porque la urgencia de la protección del derecho material no lo permite (Monroy, 2002).

Frente a la antedicha regulación, otro sector de la doctrina ha manifestado su rechazo, pues alegan que el derecho al contradictorio, por su relevancia, debe efectuarse, como regla, de forma previa, siendo que solo puede ser limitado si existen determinadas circunstancias justificadas específicas que se sustenten en la urgencia o en la irreparabilidad del derecho material (Priori, 2006; Alfaro, 2011), debido a que el contradictorio es el rasgo esencial de todo proceso.

De este modo, se ha explicado que a mayor grado de civilización del proceso, se vuelve más insoportable que un modo de tutela jurisdiccional sea otorgada mediante un procedimiento que no se fundamente bajo el principio consistente en que el juzgador no debe poder fallar si es que antes no ha brindado la oportunidad a ambas partes de ser oídas (Ariano, 2016).

Aunado a ello, se tiene que la exigencia del contradictorio previo se refuerza en estos casos, debido a que toda decisión judicial que se adopte, y que repercutirá en los infantes, tendrá que realizarse luego de que el juez haya escuchado a los involucrados en el conflicto familiar y de haber realizado un ejercicio intelectual objetivo. Así, “el hecho de que sea el juez quien escuche a todos los involucrados, significa que estos deben tener la oportunidad de participar en el juicio y expresar su opinión” (Avalos, 2020, p. 92).

En efecto, en pretensiones como las de remoción de tutor, establecimiento o variación de tenencia, fijación, extinción, suspensión o variación de régimen de visitas y reducción o variación de la prestación alimenticia, tenemos que la

concesión de la medida temporal sobre el fondo no solo involucra al interés del demandante o del demandado, sino también al de los infantes sobre los cuales recaerá dicha medida; interés superior que terminará siendo gravemente lesionado si la decisión de anticipación de tutela se ha dado de forma incorrecta por no contar el juez con la máxima información posible, convirtiendo así al menor de edad en un mero objeto de litigio (Florián, 2020; Bermúdez, 2019).

De este modo, las posiciones antagónicas relatadas tienen gran incidencia en el derecho fundamental al contradictorio y en el interés superior de los infantes involucrados en el conflicto judicial. Así, corresponde en el presente trabajo explicar por qué los dos antedichos elementos justifican que el contradictorio previo sea establecido como regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo.

1.2. Enunciado

¿Por qué el interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio en su sentido fuerte justifican que el contradictorio previo sea establecido como regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo?

2. Hipótesis

El interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio en su sentido fuerte justifican que el contradictorio previo sea establecido como regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo porque obligan que el juez emita la decisión de anticipación de tutela con un mayor grado de certeza.

3. Objetivos

3.1. Objetivo General

Determinar por qué el interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio en su sentido fuerte justifican que el contradictorio previo sea establecido como regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo.

3.2. Objetivos Específicos

3.2.1. Analizar la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional y comparada sobre el derecho al contradictorio y el interés superior de los menores de edad, poniendo énfasis en la influencia que ambos ejercen en los procesos en los que se disponen medidas temporales sobre el fondo vinculadas a derechos de los infantes.

3.2.2. Estudiar las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado, centrandó la explicación especialmente en las medidas temporales sobre el fondo.

3.2.3. Analizar la regulación del trámite de las medidas temporales sobre el fondo referidas a derechos de los menores de edad.

3.2.4. Proponer la dación de una ley en la cual se establezca un trámite especial para las medidas temporales sobre el fondo cuando guarden vinculación con los derechos de los menores de edad.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

I. Antecedentes

Como primer antecedente se encuentra la tesis elaborada por Páez (2008), titulada: *La introducción del contradictorio en la tutela cautelar de los Tribunales de Familia*, para optar el título de abogada, cuyo objetivo principal fue determinar de qué manera debería introducirse el contradictorio en la decretación de una medida cautelar en asuntos familiares. Asimismo, los métodos que empleó fueron el dogmático y el deductivo, y sus conclusiones esenciales son las que a continuación se detallan:

- El principio de bilateralidad y de contradicción informan a todo el proceso; por ello, la audiencia previa debe ser la regla general para la resolución y aplicación de las medidas precautorias en materia de familia. La ausencia de dicho contradictorio debe ser considerada una excepción.
- La norma que crea los tribunales especializados en materia familiar, en su artículo 22, no ha determinado las razones de urgencia y graves que posibilitan la concesión/denegación de la tutela cautelar sin audiencia previa; por ello, resulta necesario que un dispositivo legal las enumere y otro, si resulta necesario, que explique el porqué de dicha enumeración.
- El principio de bilateralidad y de contradicción es una herramienta de cognición para los jueces, debido a que estos solo pueden fundar una medida cautelar en los hechos que han alegados las partes o que constan en el proceso. Por la relevancia de las materias de familia, la resolución que resuelve lo concerniente a medidas cautelares exige un grado de certeza que supera a la mera verosimilitud. De este modo, la audiencia previa se presenta como la regla

más adecuada para que el juzgador pueda brindar la solución más conveniente para dilucidar el conflicto familiar planteado.

Como segundo antecedente se ubica la tesis elaborada por Acuña (2017), intitulada: *El principio del contradictorio en el proceso cautelar. Un análisis crítico de la aplicación de la regla inaudita altera parte en el código procesal civil peruano*, sustentada para obtener el grado de Maestro en Derecho Procesal, cuyo objetivo principal fue determinar si resulta correcta la aplicación de la regla *inaudita altera parte* en las medidas precautorias reguladas en el Código Procesal Civil, y los métodos que empleó fueron el dogmático y el deductivo. Asimismo, sus conclusiones relevantes, en relación al problema bajo estudio, fueron las siguientes:

- El principio del contradictorio se instituye como una garantía mínima normativa que debe estar presente en todo tipo de proceso. Así, no se estará ante un proceso cooperativo si se convalidan o aceptan las decisiones jurisdiccionales sorpresas arbitrarias.
- El respeto a la Carta Magna, al principio del contradictorio y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva lleva a formular una nueva labor hermenéutica sobre el artículo 637 del Código Adjetivo. Para tal efecto, resulta fundamental diferenciar entre las tutelas cautelar y anticipatoria, y lo que estas implican en la dimensión patrimonial y personal de la parte pasiva. Por consiguiente, en la tutela anticipatoria resulta más imperioso efectuar una interpretación constitucional del artículo.
- La Constitución debe marcar la pauta para interpretar el artículo 637 del Código Adjetivo; así, se obtendrá una norma que guarde armonía con el principio del contradictorio y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De este modo, el

contradictorio previo será la regla, mientras que, como excepción, será diferido cuando se fundamente en los siguientes supuestos: riesgo en el buen fin de medida, urgencia de la medida o satisfacción del derecho material.

- La regla *inaudita altera parte*, tal y como se encuentra recogida en el Código Procesal Civil, atenta contra la Constitución.

También como antecedente, aunque indirecto, se encuentra el libro escrito por Guahnon (2011), titulado: *Medidas cautelares en el derecho de familia*, editada por Ediciones La Rocca, en el cual la autora establece que de los diversos principios que rigen a las pretensiones de familia se encuentra el de amplitud probatoria y búsqueda de la verdad jurídico-objetiva, por el cual el juez debe procurar investigar lo que realmente ha ocurrido, en especial si existen menores de edad o personas con discapacidad, cuando se trata de procesos respecto a derechos indisponibles o de corte más inquisitivo.

De igual manera, como antecedente indirecto se encuentra la obra de la maestra Ariano (2016), titulada: *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*, editada por Instituto Pacífico; siendo sus ideas principales, en relación al tema bajo estudio, las siguientes:

- La regla *inaudita altera parte*, en el derecho europeo comparado, se funda normalmente en la urgencia; así, si no existe tal elemento, la concesión o denegación de la solicitud cautelar siempre será con previa audiencia de la parte demandada.
- El contradictorio es lo esencial del proceso y de la jurisdicción; asimismo, es equivalente de transparencia en el ejercicio del poder jurisdiccional, por lo que su no aparición puede generar que en no pocas ocasiones dicho poder sea

ejercido de manera incorrecta. En este sentido, solo debe ser admisible su postergación, siempre y cuando se presenten supuestos realmente justificados. Otro antecedente indirecto se halla en el trabajo del profesor Alfaro (2011), intitulado: *Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. Propuesta para un modelo equilibrado*, el cual forma parte de la obra colectiva denominada *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*, editada por Gaceta Jurídica; siendo sus reflexiones esenciales, en correspondencia con el tema bajo estudio, las que a continuación se detallan:

- Un diseño legal estabilizado es aquel que reconoce de forma impostergable y eliminar la audiencia al demandado, la cual puede estar o no reglada como un momento fijo en el procedimiento que rige al pedido cautelar, debido a que lo trascendente en este escenario es que de forma mínima se la reconozca a tal sujeto procesal la oportunidad de poder ser escuchado.
- No es menos cierto que conceder en todos casos el contradictorio previo en la tramitación de las medidas cautelares, implicaría colocar en peligro la efectividad de la tutela jurisdiccional del sujeto activo de la medida. De este modo, debería establecerse que de forma excepcional las medidas cautelares se tramitarán sin escuchar al sujeto pasivo cuando el solicitante acredite una verdadera urgencia y un estado de necesidad, ambos vinculados con la inutilidad de la medida en el supuesto que se realizase la audiencia.

Como antecedentes también se encuentran las obras del profesor Kielmanovich (2000; 2009), intitulada la primera: *Medidas cautelares*, editada por Editores Rubinzal – Culzoni, e intitulada la segunda: *Derecho procesal de familia*, editada

por Abeledo Perrot, en las cuales se señala que si bien existen casos en los que las medidas cautelares en los procesos de familia se sustancian bajo la regla *inaudita altera pars* (en especial, cuando se han presentado circunstancias muy graves que así lo aconsejen), lo usual es que en la tramitación de aquellas se admita la sustanciación previa con la parte contraria, en razón de las graves consecuencias que estas podrían derivar para el afectado y la familia en general.

Finalmente, como últimos antecedentes indirectos se encuentran los artículos de Celis (2021), titulado: *Las medidas cautelares en los procesos judiciales de familia*; y de Veramendi (2016a), titulado: *Proceso cautelar en asuntos de familia: configuración de algunas características especiales*, en los que, respecto al tema bajo estudio, se sostiene que las medidas cautelares vinculadas a derechos de familia no patrimonial se caracterizan porque usualmente se conceden o deniegan con contradictorio previo.

II. Bases teóricas

En este apartado se explicó, en primer lugar, lo concerniente a los conflictos familiares y su impacto en el bienestar general de los menores de edad, para luego haber explicado la necesidad de cimentar las bases de un proceso de familia, a fin de poder marcar ciertos rasgos que permitan diferenciarlo del proceso civil. Posteriormente, se ha explicado lo referente al interés superior de los infantes y al derecho del contradictorio, especialmente en el contexto de la tramitación de una medida temporal sobre el fondo. Finalmente, se analizaron los factores que determinan que el contradictorio previo sea establecido como la regla para la tramitación de las referidas medidas cuando estén involucrados los derechos de los infantes, señalándose, además, los supuestos que se configurarían como excepciones a tal regla.

SUB CAPÍTULO I CONFLICTO, FAMILIA Y MENORES DE EDAD

1.1. El conflicto humano

El conflicto humano, a la luz de la tradicional escuela procesal (Alzamora, s.d.), ha sido entendido como aquella situación en la que el ser humano posee diversas necesidades ilimitadas frente a la existencia en el mundo de pocos bienes que puedan satisfacerlas. De este modo, la vinculación entre aquel sujeto y el bien que requiere para satisfacer su necesidad será denominado interés, mientras que la existencia de dos necesidades contrapuestas sobre un mismo bien, debidamente exteriorizadas a través de conductas, generará lo que se denomina en la doctrina como conflicto intersubjetivo de intereses, debiendo buscarse una solución pacífica frente a tal circunstancia, la cual deberá ser brindada por el Estado.

En efecto, el conflicto en este escenario surge de la convivencia social (González, 2014) [a tal punto que se ha sostenido que el conflicto es eminentemente un fenómeno social (La Rosa y Rivas, 2018)], y por tal motivo es el ordenamiento jurídico el que debe decidir a cuál de los intereses en juego se le otorgará mayor importancia. De este modo, surge lo que se denomina como situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja.

Sobre el particular, el profesor Priori (2019) opina que el titular del interés jurídico considerado prevalente es además titular de la situación jurídica de ventaja, mientras que el titular del interés jurídico subordinado, es a la vez de la situación jurídica de desventaja. De este modo, la primera situación hace referencia a la ubicación en la que está una persona en relación al sistema jurídico respecto de la satisfacción de su interés, mientras que en el caso del segundo, será aquel que ha

determinado el ordenamiento jurídico como el que debe contribuir a la satisfacción del referido interés.

La anterior explicación resulta plenamente aplicable a los procesos civiles, pues en estos existen dos partes antagónicas con pretensiones e intereses contrapuestos; siendo que la tutela de los derechos de uno de ellos, con la intervención del juez, deberá de prevalecer sobre la otra. En tal sentido, los intereses en conflicto en este tipo de *litis* solamente pertenecen a los sujetos que forman parte de la relación jurídica procesal, y serán solamente ellos quienes terminen siendo afectados frente a una decisión judicial contraria a sus intereses.

Sin embargo, el escenario descrito no se presenta propiamente en los procesos de familia, toda vez que en gran parte de ellos existen por lo menos tres sujetos de derecho que se involucran en el conflicto: papá, mamá e hijo¹; siendo que este último, pese a que su interés también se ve involucrado y en muchas ocasiones lesionado, no tiene la posibilidad de ejercer propiamente sus derechos en el contexto procesal, por ser considerado por la normativa procesal peruana como carente de capacidad procesal².

Lo anterior genera que resulte necesario explicar lo que se entiende por conflicto familiar, toda vez que este justificará la existencia de rasgos especiales en el proceso de familia, los cuales permitirán diferenciarlo del proceso civil y por ende justificar el hecho que diversas reglas de este último no le sean aplicables de forma similar,

¹ Este tridente representa a los sujetos que usualmente forman parte de los conflictos familiares judicializados; sin embargo, no es el único que se puede presentar en donde los menores de edad terminen siendo involucrados. Así pueden darse casos en los que las partes procesales en conflicto sean mamá vs. abuela, papá vs. abuelo, abuelos vs. padres, hermanos vs. padres, etc.

² Aquí me refiero a aquellos casos en los que no se ha presentado un supuesto excepcional de obtención de capacidad absoluta antes de los 18 años.

como es el caso de las referidas a la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo.

1.2. El conflicto familiar

Entender el conflicto familiar implica, en primer lugar, que se deba abordar el fenómeno de la crisis familiar, toda vez que ambos son indesligables debido a que el segundo, con el transcurrir del tiempo y sin que se le brinde una solución, pasará a convertirse en el primero.

De este modo, crisis familiar es aquel proceso que se presenta entre la transición de una etapa del ciclo vital a otra, en donde existe una discrepancia o resistencia por parte de los miembros de la familia a adaptarse a los nuevos cambios. Ahora bien, tal como ha explicado González (2000), para hablar de crisis familiar no basta la sola presencia del evento vital, sino que este debe resultar de suma importancia para los miembros de la familia y además los recursos que tengan estos para enfrentarlo deben resultar escasos.

Cuando la crisis familiar no es solucionada, se llevará a cabo la desmembración de la familia, dándose así génesis a un nuevo fenómeno: el conflicto familiar, en el cual existe una contienda de intereses entre los integrantes de una unidad familiar en crisis (Avalos, 2018).

Ahora bien, cuando el conflicto familiar no logra ser solucionado armónicamente, pasará a judicializarse. Sobre el particular, el profesor Bermúdez (2015) ha señalado que en los litigios familiares, la conducta de las partes es caracterizado esencialmente por la exteriorización de determinadas acciones y condiciones en el avance del proceso, ocasionadas por justificaciones subjetivas u objetivas, las

cuales son difíciles de entender; y es que las partes no siempre litigan en defensa de sus derecho o intereses, toda vez que de manera complementaria surge una intención perversa contra la ex pareja, a la cual buscan de afectar o limitar sus derechos.

En este contexto, en el que el conflicto familiar es llevado al proceso, las partes, en especial la ex pareja, terminarán en no pocas ocasiones instrumentalizando a sus hijos, a fin de poder dañar a su contraparte, ya sea limitando o haciendo inoperativo el ejercicio de sus derechos en el litigio, así como fuera de este.

1.3. Los menores de edad en el conflicto familiar

La vigencia del conflicto familiar, sea o no judicializado, expone a los menores de edad a graves situaciones críticas, las cuales repercutirán negativamente en él, tanto en su dimensión individual como en sus dimensiones familiar y social. Así se tiene que mientras más dure el conflicto, mayor será el impacto negativo que se cause a los infantes involucrados en este.

Ahora bien, pese a la posición de sujeto de derecho del menor de edad, lo real es que en diversas ocasiones su bienestar general es dejado de lado por los problemas interpersonales desarrollados entre los adultos, lo cual se ve reflejado inclusive en el proceso judicial, en donde queda en medio de la disputa familiar. Así, en algunas ocasiones es utilizado como objeto, en otras asume la posición de una especie de trofeo para el supuesto ganador y en otras es simplemente obviado.

A raíz de estos problemas, en el desarrollo del proceso, es el juez el primer requerido a proteger el interés de los infantes, lo cual implica que deba tutelar sus derechos fundamentales al adoptar una decisión que directa o indirectamente les puede afectar o colocarles en grave peligro de resultar afectados.

SUB CAPÍTULO II

EL PROCESO DE FAMILIA Y LOS MENORES DE EDAD

2.1. El conflicto familiar y el proceso de familia

En principio, no se debe negar el hecho que el proceso de familia es el último estadio al que se desea llegar en el desarrollo de un conflicto familiar, toda vez que, con la emisión de la sentencia, fuera del contexto formal, realmente no existe una parte ganadora, sino que todos los que terminan involucrándose en el litigio terminan perdiendo, ya sea en su esfera personal, familiar o social.

Sin embargo, pese a sus deficiencias, el proceso constituye una herramienta necesaria, toda vez que sin su existencia no se podría obtener la tutela que requieren diversos derechos fundamentales.

Sobre el particular, se ha sostenido que los derechos subjetivos, entonces, no lograrían concretarse en la realidad de no existir juzgados. Así, el proceso tutela la aplicación de los referidos derechos y sorteja, de este modo, que estos no sean ideales sin ninguna importancia (La Rosa y Rivas, 2018).

A mi consideración, la principal razón por la cual existe un justificado rechazo hacia el proceso, en el contexto de los conflictos familiares, se debe principalmente a la forma en la que se han establecido las reglas que lo regulan. En efecto, se tiene que en la normativa peruana no existe un Código Procesal de Familia, sino que coexisten algunas cuantas normas de naturaleza procesal dispersas en diversos cuerpos de leyes, ya sea en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Procesal Civil, el Código Civil y otras leyes especiales, pero sin que las mismas guarden coherencia entre sí o formen un solo bloque normativo sobre la base de

principios transversales y de las características especiales que exige el conflicto familiar, esto es, los rasgos únicos del derecho material en juego.

En este sentido, resulta necesario entender al Derecho Procesal de Familia a partir de su constitucionalización, a fin de interpretar, integrar y aplicar las normas procesales existentes a la luz de los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna o en los tratados sobre derechos humanos debidamente ratificados por el Estado peruano. De este modo, se procedió a explicar, en primer término, qué es el proceso de constitucionalización, para posteriormente exponer cómo este ha influenciado en el derecho procesal de familia. A continuación se desarrolló ello.

2.2. La constitucionalización del proceso de familia

En la actualidad, el juzgador ya no es simplemente el orador del legislador, sino que ha pasado a tener un rol fundamental de control sobre las leyes, a fin de que estas guarden correspondencia con la Carta Magna y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado. Así, la primera pasa a ser entendida no solo como una norma política, sino también jurídica, y como tal, aplicable de forma directa.

De este modo, tal como señala Espinosa-Saldaña (2018):

Las constituciones pasaron a convertirse en verdaderos instrumentos de aplicación jurídica inmediata, con una relevancia preeminente y central en el ordenamiento jurídico, llegando incluso a modificar o condicionar la interpretación y la creación del Derecho. (p. 53)

Es así que se ha sostenido, con mucha razón, que se ha transitado de forma progresiva de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, en el cual el control pasa a ser el elemento indesligable del concepto Constitución

y en donde los jueces asumen una figura trascendental (Espinosa-Saldaña, 2020), ya que aportan al progreso y creación jurisprudencial de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, a la vigencia de la Carta Magna e inciden en la ejecución y formulación de políticas públicas (Abad, 2019). De este modo, estamos frente a un “auténtico cambio genético”, en donde el Estado sustentado en la ley replantea sus premisas fundamentales y roles (Sumaria, 2020).

Ahora bien, para estar frente a un real Estado Constitucional de Derecho, es necesario que se encuentren presentes las siguientes condiciones: i) una Constitución difícil de ser modificada o derogada (rígida), ii) la garantía que exista un proceso a través del cual se tutelen los derechos contenidos en la Constitución, iii) la fuerza vinculante de la Carta Magna, iv) la sobreinterpretación de la misma, v) la aplicación directa de las interpretaciones que se hagan de los dispositivos constitucionales, vi) la actividad hermenéutica a la luz de las leyes, y vii) la influencia de la Carta Magna sobre las relaciones que surgen a la luz de la Política (Guastini citado por Morales, 2016).

Condiciones que están presentes en el ordenamiento jurídico peruano. De este modo, tal como ha expresado Castillo (2020), la Carta Magna peruana es una Constitución propia del Estado Constitucional de Derecho, imponiendo así límites negativos y positivos en torno a la justicia material constitucionalizada. Aunado a ello, reconoce derechos inalienables e inviolables del ser humano que vienen a ser indisponibles para el legislador (Mesía, 2018), así como también reafirma que los derechos fundamentales cumplen un rol esencial de fundamentación dentro del sistema jurídico (Aguiló, 2019).

Por otro lado, la Constitución también vendría a ser el punto de inicio de una serie de fenómenos, como es el caso de la constitucionalización del derecho, la cual se caracteriza porque cada una de las parcelas del Derecho, y sus respectivas normas, no pueden ser apreciadas de forma aislada bajo el manto únicamente de la ley o de normas infralegales, sino que deben tener en cuenta en su interpretación, aplicación e integración los derechos, valores y principios constitucionales.

Ahora bien, esta constitucionalización, llevada al campo de la justicia ordinaria, no implica que el juez pase a ser un legislador, sino que debe limitarse a lo que expresamente ha previsto el constituyente, no pudiendo, por ende, crear nuevos derechos, sino únicamente reivindicar los que ya fueron reconocidos anteriormente en la Constitución (Romboli, 2017).

Teniendo presente lo antedicho, se puede sostener válidamente que el Derecho Procesal también ha sufrido cambios por parte del citado fenómeno (por eso se sostiene que la constitucionalización supone un proceso evolutivo (Barberis, 2019)), lo cual ha repercutido esencialmente en la manera en la que se entiende la función del proceso en una determinada sociedad.

Así, el proceso, de ser una institución que se preocupaba únicamente por la perfección en su estructura procedimental, pasó a convertirse en un “instrumento de tutela del derecho” (Couture, 1958, p. 148). De este modo, la relación entre el Derecho Procesal y el Derecho Material tomó un nuevo significado, en donde el primero sirve indefectiblemente al segundo.

En este sentido, se ha sostenido que la solución al problema de las relaciones entre Derecho Material y proceso y de los contornos de la tutela jurisdiccional únicamente puede ser correctamente direccionada si se centra la atención en una

perspectiva de derecho constitucional, debido a que allí se encuentra el núcleo duro del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, desde que los Estados reservaron para ellos mismos el monopolio de brindarla (Alvaro de Oliveira, 2008).

Es así que el proceso debe de adecuarse a las exigencias que demanda la tutela del derecho material, por lo que el juez tiene el deber de configurar el procedimiento apropiado al caso concreto (Marinoni, 2007). Asimismo, la referida asociación ha generado que se hable de un proceso justo, el cual estará presente solo si se respetan los derechos fundamentales procesales que se constituyen como garantías mínimas, entre los cuales se encuentran la observación del derecho de acción, defensa, contradictorio, prueba y el deber de fundamentación de las decisiones que emiten los jueces (Mitidiero, 2016).

Aunado a ello, la Constitución, entre otros aspectos, confía a la jurisdicción la defensa de los derechos fundamentales, legales o de cualquier otra fuente, por lo que se exige que se entienda que con el proceso no solo se protegen derechos, sino que también participan en él seres humanos (Priori, 2019).

Por otro lado, un aspecto fundamental del proceso en el Estado Constitucional es que se caracteriza por tener una dimensión dialógica, por el cual desde que surge el proceso hasta que finaliza tiene que existir un diálogo constante entre el juez, los sujetos procesales y los terceros que participan en el litigio. Asimismo, nace la necesidad de que el discurso jurídico sea racionalmente estructurado y coherente, lo cual supone que toda decisión judicial sea intersubjetivamente controlable (Mitidiero, 2016).

Con todo lo hasta aquí explicado, resulta claro que cada una de las pretensiones reconocidas por el derecho material, requiere de una adecuada tutela brindada por

el derecho procesal, lo cual impone que el proceso deba siempre adecuarse al primero.

En lo que respecta al proceso de familia, tal como se señala en la doctrina, el alto nivel no objetivo con el cual las partes procesales y terceros actúan en el conflicto familiar, es su rasgo diferenciador y por ende el principal elemento que valida su autonomía frente a otros tipos de procesos (Bermúdez, 2019). Así, esta autonomía supone que los procesos de familia no pueden estar sujetos a las mismas reglas, muchas veces estáticas, de otros modelos procesales.

Aunado a ello, se sostiene que el Derecho Procesal de Familia enfrenta dos grandes retos: afrontar y dar solución de forma directa a la problemática familiar vigente y variar el paradigma con el cual se abordan los conflictos familiares (Celis, 2019).

Otro aspecto relevante de este tipo de procesos es que en él asumen una posición especial los niños, niñas y adolescentes, pues debe evitarse por cualquier medio la duración excesiva de los litigios, ya que de lo contrario en muchas ocasiones se les ocasionará un perjuicio inminente e irreparable (Celis, 2019). Asimismo, se debe evitar que el sistema y la decisión de las partes y del juez afecten los derechos e intereses de los referidos sujetos de derecho (Bermúdez, 2019).

En este sentido, hablar de la constitucionalización del proceso de familia, implica que esta tenga su propio tratamiento, sea a nivel normativo como por parte de la justicia especializada en la materia, en donde la consigna sea la tutela de los derechos fundamentales en juego, tanto materiales como procesales, y del interés que necesita de mayor protección en el contexto del conflicto familiar, que es siempre el de los menores de edad involucrados.

Así, se ha sostenido que este proceso especializado se debe regir por determinados principios, como los son el de gratuidad, la publicización de los procedimientos, la oralidad, la conciliación, la inmediatez, la simplificación de las formas procesales, la economía procesal, el principio de reserva, la aplicación del favor *probationes* y búsqueda de la verdad jurídica objetiva, el de cooperación interdisciplinaria, el de unificación de causas y el de simplificación del régimen cautelar (Guahnon, 2011).

2.3. El juzgador en los litigios procesales de familia y la tutela de los derechos de los infantes

La Carta Magna reconoce y tutela a la familia, tal como establece su artículo 4, subrayando expresamente su relevancia para con la sociedad, correspondiendo a la administración de justicia, y por consiguiente a los jueces de familia, un rol preponderante en aras de salvaguardar dicha protección.

Así, el referido juzgador, más allá de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, debe atender a un conflicto social, por lo que su participación no debe agotarse con una simple sentencia, evaluando formalmente las pretensiones formuladas por las partes procesales, sino que debe evaluar los intereses que se encuentran en juego, esto es, de todos los involucrados, sea que estén o no litigando.

De este modo, debe procurar comprender a las partes, dilucidar los diversos niveles del conflicto familiar y su crisis, apreciar el conflicto desde una perspectiva que va más allá del derecho (pudiendo hacer empleo de diversas materias de estudio, como el trabajo social y la psicología, con la participación de los respectivos expertos), plantear fórmulas de conciliación y velar por la parte más débil en el litigio, sin

causar una criminalización respecto a las demás que se encuentran en una posición más favorecida (Bermúdez, 2015).

En este sentido, el juez de familia no debe ser un mero espectador, sino que debe asumir un rol mucho más activo, instalándose en medio de la familia en crisis, apoyándola, colocándole límites y capacitándola en el proceso de organización o de reorganización en el que se ubiquen (Guahnon, 2011).

Ahora bien, de todos los intereses que se pueden encontrar presentes en el desarrollo de proceso judicial de familia, es el del menor de edad el que asume una posición primordial respecto a los demás, toda vez que por su estado de vulnerabilidad causado por su minoría de edad, todo infante requiere de una tutela privilegiada, lo cual desemboca que la decisión judicial que se adopte no deba de afectar su interés superior.

En este mismo sentido, en la doctrina, con mucho acierto, se ha expresado que el juez, en este modo, adquiere una nueva misión de auxilio y ayuda con las partes, en especial las consideradas como menos fuertes, mediante la información, auxilio técnico y el consejo, ya sea de forma personal o a través de un servidor del propio juzgado. Así, Berizonce (1999), refiere:

En los conflictos de interés social en general, y particularmente en los derivados de situaciones de familia y menores, tal proyección se justifica plenamente, para la mayor tutela del interés social comprometido, sin que constituya óbice suficiente el principio de “neutralidad” del juez, confundido habitualmente con el de imparcialidad, ni el de preclusión. (pp. 147-148)

De este modo, todo menor de edad necesita de una protección especial, tal como se precisó en la ejecutoria suprema del Tercer Pleno Casatorio Civil (Divorcio, 2011), lo cual habilita a que el juez pueda adecuar el proceso y flexibilizar los principios procesales para cumplir dicha tarea.

SUB CAPÍTULO III EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

3.1. Definición

El interés superior del menor de edad posee una estrecha relación con el Derecho Material familiar y por ende con todas sus instituciones, principios y normas, toda vez que esta última busca, entre otros aspectos, la disminución o eliminación de todas aquellas conductas que causen daños a la infancia y que su origen se derive del mismo seno familiar.

Por otro lado, es preciso mencionar que el referido interés se sustenta en la condición inherente de vulnerabilidad de la infancia, en el sentido de que los infantes, por naturaleza, se hallan en estado de indefensión por su condición biológica y psicológica, esto es, tal como explica Stilerman (2004), no se les es posible valerse por ellos mismos, toda vez que están en constante desarrollo.

Otro aspecto relevante es lo referente a su relación con otros intereses, como pueden ser los de los padres o de otros familiares. Sobre el particular, se ha explicado que el referido interés no posee un enfoque centrado en el paternalismo ni en el Estado, sino en la infancia (Aguilar Cavallo, 2008); es decir, que frente a la colisión de un interés individual cualquiera con el de los menores de edad, el juez deberá de dar preferencia a este último.

No obstante su notable importancia, un grupo de juristas (López, 2015; Ortega, 2002; Cárdenas, 2017) no está conforme con su reconocimiento ni afiliación en la Convención sobre los Derechos del Niño, denunciando que viene a ser un concepto jurídicamente indeterminado, pues invocándolo en un caso en concreto, los jueces podrían tomar decisiones aparentemente beneficiosas para los menores de edad involucrados en el litigio, a pesar que se respalden en criterios subjetivos,

arbitrarios, no científicos, ajenos a los avances de la doctrina o apoyados en estereotipos sociales o totalmente indiferentes a tutelar sus derechos.

Empero, la referida posición obvia que en el contenido polisémico y abstracto del interés superior del niño se encuentra su trascendencia (Ravetllat y Pinochet, 2015). En efecto, tal como explica Ravetllat (2012), en términos pragmáticos, no puede defenderse de manera válida que el referido interés sea impreciso y vago, sino que su contenido es no rígido, cambiante y dinámico, esto es, totalmente moldeable en atención a cada caso en particular. De este modo, pasa a tener una relevancia jurídica esencialmente instrumental en la decisión recaída sobre un derecho individual o en controversia con otros (Rivero citado por Gutiérrez y Cuipa, 2014).

3.2. Naturaleza jurídica

En sus orígenes, el interés superior del niño solo era tratado exclusivamente como un criterio de ponderación, que servía para evaluar aquellos intereses en juego en escenarios en donde se tenía que adoptar alguna decisión en el que se encontraba involucrado algún derecho fundamental de un infante.

Esta fue la noción con la que fue recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que es tratado como un criterio de actuación de todos los órganos, judiciales o no, que ha de ser aplicado en cada uno de los litigios en concreto, estudiando sistemáticamente la manera en la que los intereses y situaciones jurídicas de ventaja de los infantes terminan dañados o limitados, por las medidas y decisiones que se asuman en cada acción estatal o de los privados (Fernández, 2016).

Ahora bien, en la actualidad tenemos que el Comité de los Derechos del Niño, mediante su Observación General Nro. 14, precisó su vigente naturaleza y contenido, considerándolo como una categoría jurídica tripartita, al tener tres dimensiones conexas entre sí, como lo es el de ser una norma de procedimiento, un derecho subjetivo y un principio.

En su primera dimensión, en el contexto de un proceso judicial, implica que el juez de familia pueda avizorar las consecuencias de su decisión sobre el menor de edad involucrado en el litigio. Para lograr ello, el juzgador tendrá que contar con la mayor cantidad de información que le sea posible adquirir, lo cual supone que antes de emitir cualquier fallo sobre el fondo (sea de forma anticipada o final), debió haber recabado todos los datos relevantes que le han brindado todos aquellos que terminen involucrados en el conflicto judicial familiar.

En la segunda dimensión supone que todo niño o adolescente tiene la situación jurídica subjetiva de ventaja que le brinda un interés prevalente por el cual se le faculta a exigir que se respeten sus derechos fundamentales cuando se adopte cualquier decisión que los afectará o que pueda afectarlos.

Finalmente, como principio se instituye como una pauta que debe ser tomada en cuenta por los operados jurídicos al efectuar una interpretación, integración y aplicación de los diversos dispositivos normativos que resultan aplicables para dilucidar el proceso en el que se encuentren en disputa los derechos e intereses prevalentes de los menor de edad.

3.3. Contenido

3.3.1. Su entendimiento como derecho subjetivo

Teniendo presente que un derecho subjetivo es toda expectativa de asistencias o de no sufrir alguna lesión (Ferrajoli, 2013); el referido interés se representa como uno, pero bidimensional.

De este modo, como primer término, implica que los infantes tengan la facultad de requerir que su interés sea considerado siempre al momento de existir otro interés, situación o circunstancia de corte individual, colectivo o público que lesione o que pueda perturbar sus derechos fundamentales.

Por otro lado, supone que no se puede desconocer el interés del infante, toda vez que, de lo contrario, se estaría lesionando su privilegiada calificación como sujeto de derecho en constante progreso (Amado, 2017; Lescano, 2017).

Así, implica que en su bidimensionalidad exista la garantía de que en todo momento sea utilizado al emitir una decisión que afecte o que esté en peligro de vulnerar a un menor de edad o un grupo de ellos (Plácido, 2015).

Finalmente, si los infantes son titulares del citado derecho subjetivo, el correlato de su respeto, ejercicio y disfrute recae en los demás integrantes de la comunidad, los familiares y el Estado en general.

3.3.2. Su entendimiento como principio

El interés superior del menor de edad es además un principio, a través del cual se brinda un cuidado esencial y prioritario a la infancia, a fin de que pueda lograr su máximo bienestar en aquella decisión asumida por el Estado o los privados; de forma que su observancia implica a todos los seres que se vinculen o incidan, a

través de lo que decidan, sobre ellos (Mella, 2016; Sokolich, 2013; Lescano, 2017).

Se sustancia en los derechos fundamentales de los menores de edad y concretiza el carácter sistémico e indivisible de la denominada doctrina de la protección integral, la cual permite establecerlo, además de principio abstracto, como un principio general con eficacia en la realidad que otorgará vinculación normativa superior a los dispositivos normativos cuya construcción, interpretación, variación, aplicación o integración involucren a los niños o adolescentes y por ende al desarrollo progresivo de sus derechos (Mella, 2016; Garay, 2009; Onofre, 2017; Aguilar, 2008; Chávez, 2017; Ravetllat y Pinochet, 2015; Cillero, 2007; Ortega, 2015).

La relevancia de este es tal, que ha terminado configurándose como un principio determinante en la teoría jurídica sobre los infantes, toda vez que su naturaleza lo instaure como un elemento esencial a fin de dar pase de forma prioritaria a las políticas del Estado que suponen reconocer la preferencia y la esencialidad de los derechos de la infancia sobre los de carácter privado (Ortiz, 2016; Torrecuadrada, 2016,).

Por último, para que se concrete su real alcance, necesita de un rol tuitivo brindado por los operadores jurídicos, toda vez que estos son los comisionados de la aplicación, interpretación, flexibilización e integración de los dispositivos legales en los que descansan los derechos fundamentales de la infancia, con la finalidad de conseguir la providencia que más apoyará a su dignidad como sujetos de atención y protección (Chávez, 2017; Aguilar, 2008; Ravetllat, 2012). Por ello, tal como ha precisado Sokolich (2013), viene a constituirse como consustancial al

Estado Constitucional de Derecho y a la labor jurisdiccional de la especialidad, la misma que debe centrarse en cuidar por su efectivo empleo.

3.3.3. Su entendimiento como norma de procedimiento

Por último, el referido interés también viene a ser una norma de procedimiento, la cual se refiere el aspecto adjetivo de esta categoría jurídica; es decir, se centra en sus efectos pragmáticos, vinculados de forma intrínseca a los litigios, en los que se encuentran en debate, directa o indirectamente, los derechos catalogados como fundamentales de los menores de edad (Balarezo, 2017).

En efecto, en esta dimensión, el estudiado interés conmina a que el operador jurídico examine las probables repercusiones o consecuencias de la decisión que adoptará en vinculación al bienestar general de los infantes; debiendo para ello, observar las garantías procesales y expedir un fallo debidamente justificado, tanto fáctica como normativamente (Plácido, 2015; Amado, 2017; Lescano, 2017).

En este sentido, la decisión adoptada debió haber estado respaldada no solo en los actos procesales, sino también, y con suma notabilidad, en las secuelas que ocasionará en el bienestar universal y los derechos fundamentales de los infantes.

3.4. Desarrollo normativo

El interés superior de los menores de edad, entendido en su magnitud actual, no tiene un origen antiquísimo, sino relativamente moderno. En efecto, su desarrollo tuvo como génesis el siglo diecinueve, bajo la denominación “bien del niño”; sin embargo, es recién con el ingreso del siglo subsiguiente en donde se formó su vertiginoso proceso de madurez, toda vez que en dicho tiempo empezaron las

elaboraciones, suscripciones y entradas en vigencia de los iniciales cuerpos legales internacionales concernientes a la tutela de la niñez (Plácido, 2015).

En este sentido, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1924, se dejó sentado que los hombres tienen el deber de brindar al infante todo aquello que determine mejor y más provechoso para él.

Luego, en 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se señaló que los menores de edad tienen derecho a ser cuidados y a que se le otorgue auxilio y asistencia (Plácido, 2015; López, 2015).

Después de once años, en 1959, con el Principio II de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, se estableció que los infantes gozarían de una tutela especial, de tal forma que se le brindaron servicios y maneras para que pueda evolucionar de forma plena en ambientes de libertad y dignidad (Plácido, 2015).

Lastimosamente, este avance se vio limitado en 1966, con el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual estableció que el referido interés, solamente se empleará en materia contenciosa o penal (Gamarra, 2003).

En esa misma perspectiva se halla la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 17.4 regula que el interés superior del niño se debe emplear solamente en el contexto de una relación parental derivado de un matrimonio.

Del mismo modo, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, el referido interés fue plasmado únicamente para pilotar el modo en el que los padres deben criar e instruir a sus hijos, esto es, en el ejercicio de las facultades y deberes que apareja la titularidad de la responsabilidad parental (Plácido, 2015).

La referida restricción fue dejada de lado con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual estableció que el interés superior del niño es un principio de alcance general y una pauta interpretativa que debe emplearse en todos aquellos escenarios en donde se encuentren en juego los derechos de los infantes (Gamarra, 2003; Cillero, 2007). Asimismo, pasó a ser apreciado como un norte para la formulación de políticas estatales y medidas de corte legislativo, administrativo, del Poder Judicial y de otra índole adoptadas por el aparato estatal, la sociedad y la familia en particular.

En su primera función, esto es, como pauta interpretativa, se halla contenida en los artículos 9, párrafo 1 y 3, 18 párrafo 1, 20 párrafo 1, 21, 37 literal c, 40 párrafo 2 literal b iii) del referido instrumento normativo internacional (Freedman, 2005). En cambio, como principio, se encuentra previsto en el artículo 3 del mismo texto convencional.

De este modo, en lo que respecta a los párrafos 1 y 3 del artículo 9, el referido interés se alinea como un componente valorativo en el apartamiento de los infantes de sus progenitores; así, cuando la convivencia con estos termina perjudicando a aquellos, la separación se constituye como necesaria y el derecho a seguir relacionarse con ellos se sustanciará en el referido interés (Gamarra, 2003; Plácido, 2015; Cillero, 2007).

En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 18, tenemos que este regula el denominado principio de responsabilidad común en la educación, siendo que los padres deben participar de forma activa en la cátedra de su prole (Plácido, 2015), de tal manera que el referido interés debe instituirse como guía de esta obligación

parental, a fin de que no se cometan excesos en su concreción (Gamarra, 2003; Ravetllat y Pinochet, 2015).

En lo que respecta al primer párrafo del artículo 20, se tiene que este establece que todo menores de edad que no se vincule con su entorno familiar o que haciéndolo termine siendo afectado su interés superior, teniendo el derecho a una tutela y auxilio especial por parte del Estado, de forma preferente en lo que respecta a la concreción de la sustitución familiar (Gamarra, 2003; Plácido, 2015).

En cuanto al artículo 21, se tiene que el referido interés superior se constituye como una pauta elemental para desarrollar e instaurar el sistema que se aplicará a los procedimientos de adopciones. De este modo, el Estado se encuentra en la obligación de apoyar a los niños o adolescentes que se encuentren sin cuidados familiares, evaluando que el referido sistema se lleve a cabo bajo mecanismos apropiadamente instrumentalizados, con el fin de que no se cometan abusos (Plácido, 2015).

En el caso del artículo 37, literal c), se tiene que este regula al referido interés como un criterio a evaluarse en las medidas penitenciarias, proscribiendo que se ejecuten o se impongan penas inhumanas a los niños o adolescentes. Asimismo, asigna el deber estatal de apartar a los reos adultos de todo infante infractor de la ley penal, a menos que la separación no favorezca a estos últimos (Cillero, 2007; Plácido, 2015).

Finalmente, en el literal b iii), párrafo 2, artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se prescribe que el reiterado interés debe ser valorado cuando un infante es procesado penalmente, de tal modo que, a la hora de apreciarse su

situación legal, el juzgador o el fiscal evalúe sus circunstancias personales, de acuerdo a su edad, así como su entorno familiar (Gamarra, 2003).

Luego de diversos años, en el 2013, el Comité sobre los Derechos del Niño elaboró la Observación General Nro. 14, la misma que propuso los criterios que deberán tener en cuenta los operadores jurídicos para determinar en qué consiste el referido interés desde una perspectiva general o particular.

Así, en el referido documento se señaló que la finalidad de conceptualizar al referido interés se justifica en garantizar la satisfacción plena y efectiva de la totalidad de los derechos que se encuentran reconocidos en la Convención, así como en el desarrollo holístico de los infantes, de tal modo que remarca su triple dimensión como principio, norma de procedimiento y derecho, a fin de que no termine siendo encasillado a un determinado momento histórico, sino que sea dinámico y pueda evolucionar a lo largo de los avances sociales y del tiempo (Chávez, 2017).

Por otro lado, con el fin de volver totalmente efectivo al referido interés, el mencionado Comité, en el párrafo 6 de la Observación, expresó que se deben de evaluar los siguientes parámetros: i) el carácter no personal, indivisible, interdependiente y conectado entre sí de los derechos del niño, ii) la identificación de los infantes como titulares de derechos, iii) el impacto en todo el mundo y la naturaleza de la Convención sobre los Derechos del niño, iv) el deber de los Estado de cuidar que se cumpla, tutele y apliquen los derechos contenidos en el referido instrumento normativo internacional y v) las consecuencias, a lo largo del tiempo, de las medidas referidas al desarrollo progresivo e integral de los infantes (Avalos, 2018)

De igual modo, en el referido documento se han expresado los elementos para determinar y evaluar el interés superior del niño, los cuales son los siguientes: i) la opinión de los infantes, ii) el derecho a la identidad, iii) el derecho a vivir en familiar y no ser separada de ella sin justa razón, y iv) el derecho de relación respecto a los padres, demás familiares y allegados.

Finalmente, en los párrafos 89, 92 al 94 y 96 al 98 de la citada Observación, se precisó que deben instaurar y emplearse salvaguardias procesales adaptadas a cada una de las situaciones que afrontan los infantes, con el fin de identificar su interés superior; resaltando las siguientes: i) el derecho de los infantes a opinar, debiendo ser informado, antes que ejerza este derecho, de las posibles medidas a la que se puede arribar, ii) la identificación de los hechos probados con el auxilio de los especialistas por cada materia; iii) la percepción del tiempo, a fin de que se actúe con celeridad en el trámite; iv) la participación de los especialistas autorizados, a fin de evaluar las necesidades especiales del infante involucrado; v) la representación por parte de abogados, quienes deben velar porque se cumple con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva de los infantes; vi) la motivación fáctica y jurídica de la decisión adoptada; vii) los mecanismos de revisión o examen de las decisiones, y viii) la estimación del impacto sobre los derechos de los infantes.

3.5. Desarrollo jurisprudencial

Sobre el desarrollo del interés superior del niño, resultan ilustrativos los diversos criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del máximo intérprete de la Carta Magna peruana y de la Corte Suprema.

Respecto a la jurisprudencia nacional, tenemos que en la Opinión Consultiva OC-17/02 (2002) se estableció que el interés superior del niño es un principio que ilumina, en forma de canon regulador, el ordenamiento legal respecto a las situaciones jurídicas de ventaja de la infancia, fundándose en la dignidad inherente a estos, además en sus características innatas y necesidades derivadas de su condición personal como sujetos de derecho con capacidad jurídica progresiva.

De este modo, pasa a ser apreciado como la exigencia de satisfacción de todos los derechos de los infantes, que relaciona al aparato estatal y proyecta sus efectos en el trabajo interpretativo respecto a los demás derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño, como bien se ha precisado en el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2005), el Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009) y el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010); de tal manera que pasa a constituirse como un objetivo fundamental y un fin genuino y autoritario por sí mismo (Caso Fornerón e hija vs. Argentina, 2012).

Sumado a lo anterior, como se precisó en el Asunto L.M. respecto a Paraguay (2011), el interés superior de los infantes se constituye como un derecho fundamental que necesita ser tutelado, siendo que además busca respaldar el perfil veloz de las actividades en las que se llevan a cabo la solución de los casos relacionados a los derechos de la infancia, especialmente aquellos conexos a las figuras jurídicas de la adopción y tenencia.

En lo que respecta a su aplicación, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012), se expuso que si bien el citado interés se constituye como un fin legítimo abstracto, esto no implica que pueda utilizarse sin que exista sustento probatorio, debido a que

si fuese así, los fallos respecto a los derechos elementales de los infantes se sujetarían a posiciones estereotipadas, arbitrarias y subjetivas por parte de los operadores jurídicos.

De este modo, todo aquél que adopte una decisión que repercutirá en los menores de edad, deben descartar cualquier tipo de visión asistencialista y paternalista sobre la infancia, toda vez que solo de esa manera podrán tratar efectivamente a los niños y adolescentes como sujetos de plenos derechos (Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 1999), por lo que deben de evaluar el progreso paulatino de su personalidad, a fin de tutelar, resguardar y avalar su plan particular de vida (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, 2004).

En el caso del máximo intérprete de la Carta Magna, en el Caso Lady Rodríguez Panduro (2002), ha entendido que el referido interés es un principio, que se encuentra contenido de forma implícita en el artículo 4 de la Constitución Política peruana de 1993.

De este modo, en el caso L.J.T.A. e I.M.T.A. (2010) lo ha definido como un principio que se constituye como un objeto fundamental de interpretación, que posibilita brindar fuerza de norma superior a los derechos fundamentales de los infantes, por lo que no puede ser dejado de lado por el aparato estatal, la sociedad ni la familia del menor de edad cuando estén los derechos fundamentales de la infancia en juego.

En este sentido, exige ser apreciado de forma particular en cada situación en concreto, atendiendo a las peculiaridades que identifican a los derechos que se encuentran en discusión en un específico litigio procesal o la dilucidación de una incertidumbre jurídica (Caso Blanca Lucy Borja Espinoza, 2005).

De este modo, los juzgadores están obligados a brindarle un privilegiado cuidado, toda vez que un niño o adolescente no se constituye como parte formal en el proceso, sino que su participación adquiere características que lo diferencian de otro sujeto procesal, toda vez que, más allá de las resultas del proceso, debe procurarse una prioritaria importancia a sus derechos, sean estos sustantivos o procesales (Caso José Luis Ñiquin Huatay, 2008).

Por lo explicado, el mencionado órgano jurisdiccional considera que el reiterado interés comprende, entre otros aspectos, una acción tuitiva brindada por los agentes jurisdiccionales, quienes adecuan y flexibilizan los dispositivos legales y la labor hermenéutica que de ellas se realice, a fin de obtener la diligencia más favorable (Caso Silvia Patricia López Falcón, 2014).

En último lugar tenemos a la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual ha explicado que el citado interés es una categoría jurídica y social que se debe aplicar en cada uno de los que se relacionen a los infantes. De este modo, su escenario de acción son la participación, desarrollo, supervivencia y protección de la infancia.

Luego, en la Casación Nro. 1961-2010-Lima (2013), el referido interés fue comprendido como un principio que avala el goce de los derechos fundamentales de los infantes, así como un estándar jurídico, el cual implica brindar prioridad a los referidos derechos sobre cualquiera decisión que los pueda afectar.

Posteriormente, en la Casación Nro. 563-2011-Lima (2011), el referido interés fue comprendido como el goce pleno de sus derechos, de modo que estas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja deben ser interpretadas de forma sistemática, toda vez que en grupo protegen a los infantes y posibilitan la solución de los conflictos jurídicos de derechos a través de las figura de la razonabilidad.

Por su lado, en la ejecutoria suprema Nro. 1925-2014 (citado por Hawie, 2017), se dejó sentado que el interés superior del niño es un argumento político-jurídico utilizado para vencer escenarios de desarrollo integral y de riesgo de la infancia, debido a que se refiere a un deber estatal de tutelar a la niñez, a fin de que todo niño o adolescente pueda desarrollar sus potencialidades y capacidades hasta lograr adquirir los dieciocho años.

Finalmente, en la ejecutoria suprema Nro. 2702-2015-Lima (2016), se precisó que el juez debe de valerse de los miembros del equipo multidisciplinario para que puedan adoptar la decisión que más beneficiará al infante envuelto en el litigio, en atención a las particularidades únicas que rodean a cada caso en concreto.

3.6. El interés superior de la infancia en la normativa peruana

El Tribunal Constitucional, en la STC Nro. 01817-2009-PHC/TC (2009), ha precisado que el citado interés está reconocido de forma implícita en el artículo 4 la Constitución Política del Perú, de allí que el accionar estatal, la sociedad y la familia, en lo concerniente a la tutela de los infantes y a la promoción, ejercicio, preservación y disfrute de sus derechos, deban ser direccionadas a lograr de forma plena su bienestar.

A nivel legal, a diferencia de lo que ocurre en la constitución, sí se encuentra reconocido de forma expresa, como lo es en el Código de los Niños y Adolescentes vigente y, de forma más específica, en la Ley Nro. 30466.

En el primer cuerpo de leyes, se encuentra reglamentado en el artículo IX de su Título Preliminar, en donde es concebido como un principio de observación obligatoria por parte de los jueces al momento de adoptar cualquier decisión que

involucra a los infantes y que por ende les afecte directa o indirectamente. Aunado a ello, también se ha hecho mención en determinadas pretensiones, como es el caso del régimen de visitas, patria potestad, consejo de familia, tutela, tenencia y el régimen de infracciones punitivas.

En el caso del segundo cuerpo de leyes, se tiene que su promulgación se sustentó en la intención de uniformizar, estandarizar y establecer límites a las aplicaciones arbitrarias del interés superior del niño, respaldadas en valoraciones subjetivas y discrecionales del mismo (Chávez, 2017).

Así, en su artículo 1 precisó que su objeto es instituir garantías procesales y parámetros para evaluar el interés superior de los infantes en cada uno de los procedimientos o procesos en el que estén involucrados, directa o indirectamente, los derechos fundamentales de los infantes.

Aunado a ello, en el siguiente artículo, brinda una definición legal, acogiendo la triple dimensión desarrollada por la mencionada Observación General Nro. 14. De este modo, en la normativa peruana se ha efectuado un avance, pues no solo ha sido reconocido como un principio, sino además como derecho subjetivo y norma de procedimiento.

Luego, en su artículo 3, regula los mismos parámetros que fueron desarrollados en el párrafo 6 de la citada Observación y que fueron expresados en el punto 3.4. de este capítulo. Igualmente, también copió lo referente a las garantías procesales contenidas en los párrafos 89, 92 al 94 y 96 al 98 del mismo documento normativo.

3.7. El interés superior del menor de edad como norma de procedimiento y su influencia en los procesos de familia

El interés superior del niño como norma de procedimiento posee una relevancia fundamental en el desarrollo de un proceso de familia, toda vez que su aplicación se presentará especialmente en este contexto (lo cual no descarta que se presente en otros escenarios).

Ahora, si por esta dimensión el juez debe de avizorar las consecuencias de su decisión sobre el infante o infantes involucrados en el litigio, se tiene que es importante que haya obtenido la mayor cantidad de información que le sea posible de obtener de oficio y por auxilio de las partes, el infante o terceros interesados.

Así, solo podrá saber si una decisión en el presente ocasionará daños o colocará en peligro al niño o adolescente en el futuro si es que las pruebas con las que cuenta en el momento concreto le permiten valorar ello. De este modo, resulta lógico considerar que a mayor cantidad de pruebas conducentes, pertinentes y útiles, mayor será la posibilidad de efectuar una correcta proyección.

Finalmente, es preciso mencionar que no solo en la sentencia se debe aplicar la dimensión analizada, sino también en toda decisión que afectará a los infantes, como es el caso de las medidas temporales sobre el fondo. Por ello, para adoptar estas últimas, el juez debe de haber comprobado la presencia efectiva de la cuasi certeza del derecho material discutido, así como de la necesidad impostergable y la tutela del interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.

SUB CAPÍTULO IV

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL CONTRADICTORIO

4.1. Los derechos fundamentales procesales

Siguiendo al profesor Pérez (2013), se tiene que existe una estrecha relación de interdependencia entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, puesto que el primero requiere e involucra, para serlo, garantizar a los segundos, mientras que estos reclaman e implican para su realización al primero. Asimismo, el tipo de Estado de Derecho depende del alcance y significado que en ellos se atribuya a los derechos catalogados como fundamentales, los cuales, a la vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en el que se encuentran formulados. Así, los derechos fundamentales son la cardinal garantía de la persona humana, por la cual el sistema normativo y político se orientará al respeto y promoción de esta. Ahora bien, estos derechos también se encuentran presentes en el desarrollo de un proceso, sustentándose su existencia y garantía en un orden social, el cual evita la autotutela.

Aunado a ello, su importancia es evidente si se tiene en cuenta su incidencia sobre los órganos jurisdiccionales y, en general, sobre el sistema de administración de justicia, por lo que tiene efectos inmediatos sobre los sujetos procesales (Natarén, 2006), siendo estos sus titulares, mientras que los órganos jurisdiccionales del Estado (jueces y tribunales) serán los sujetos pasivos en torno a su tutela y no vulneración.

Uno de estos derechos fundamentales procesales es el denominado derecho al contradictorio, también denominado como derecho de audiencia o derecho a la bilateralidad de los actos procesales. En este trabajo se acogió la primera denominación, cuya explicación teórica se presentó a continuación.

4.2. Evolución histórica

Siguiendo al profesor Alfaro (2014), se pueden identificar cuatro estadios sobre el derecho al contradictorio (denominado por él como principio de audiencia). A continuación se desarrollaron cada uno de ellos.

4.2.1. Primer estadio: el contradictorio como principio iusnatural

En este estadio, el referido derecho encuentra su sustento en el apotegma jurídico *audiatur et altera pars*, el cual era ubicado en el derecho común, esto es, en el *ius commune* europeo. Empero, algún sector de la dogmática explica que su génesis se encuentra en una expresión emitida por la protagonista Medea de la obra de Seneca, específicamente en el acto en el que ella la responde al tirano Creonte, luego de haber oído la acusación formulada en su contra, que nadie puede adoptar una decisión sin haber escuchado a la persona acusada, para que decida de modo justo, no obstante no lo es (Alfaro, 2014).

Así, el derecho al contradictorio era entendido, por una gran parte de la doctrina europea, como un principio de la razón natural, esto es, básico respecto a todo proceso (Alfaro, 2014).

Ahora bien, pese al papel que desempeñó durante los siglos XIII al XVI, no se puede obviar el hecho que se constituía como un privilegio de un sector social, mas no como un derecho de todos los ciudadanos (Alfaro, 2014).

4.2.2. Segundo estadio: el contradictorio en el liberalismo procesal

En este momento de la historia, el derecho al contradictorio solo era visto como una contrapartida de la tesis formulada por la parte accionante. Aquí las partes desarrollaban su actividad y eran los directores del proceso, dejando de lado el rol activo del juez, quien solo se encargaba de juzgar al final del proceso con los

escritos que habían presentado las partes procesales. Situación que se agravó en la época de la codificación del siglo XIX (Alfaro, 2014).

De este modo, el derecho al contradictorio no era entendido como tal, sino como una mera formalidad para que se considere que no se colocó en indefensión a la parte demandada.

4.2.3. Tercer estadio: debilitación del derecho al contradictorio en las reformas procesales

En este periodo, presentado a partir de finales del siglo XIX, se restituyó nuevamente la figura del juez y por ende del principio de autoridad y del sistema de la oralidad.

Sin embargo, aquí se llevó la figura del activismo judicial al extremo, en el sentido que las partes procesales dejaron de tener un rol fundamental en el desarrollo del proceso, lo cual repercutió negativamente en el derecho al contradictorio.

Tal situación llegó inclusive a sustentar que no era obligatorio que se efectúe el contradictorio, pasando así este como una mera cuestión accidental, que dependiendo de las circunstancias podía ser obviado, a fin de que el proceso pueda resolver el conflicto intersubjetivo de intereses (Alfaro, 2014).

4.2.4. Cuarto estadio: el derecho al contradictorio como derecho constitucional

Con la incorporación del derecho al contradictorio en diversas constituciones promulgadas después de finalizada la segunda guerra mundial, se alcanzó un nuevo momento para el referido derecho, pasando de ser un elemento accidental, para pasar a constituirse como una de las columnas primordiales para el adecuado progreso de todo proceso.

Así, tal como señala Alfaro (2014):

(E)n virtud del nuevo modelo constitucional el principio de audiencia debe establecerse que los sujetos procesales, en el marco de una concepción colaborativa y participativa del proceso, pueda influenciar en la formación de la decisión judicial, permitiendo a su vez que el juez ejerza un deber de formar el debate judicial previo a la emisión del acto judicial. (p. 87)

De este modo, ya no puede ser entendido como una mera herramienta formal, sino como una oportunidad que tienen las partes procesales y todo aquel que sufrirá alguna consecuencia por lo que se resolverá en el proceso, para influenciar en el desarrollo de este último y en la elaboración racional de la decisión que adoptará el juez (Alfaro, 2014).

Finalmente, al ser considerado como un derecho constitucional, posee un contenido constitucionalmente protegido, el mismo que estaría integrado por tres situaciones jurídicas subjetivas: i) el derecho a recibir adecuada y tempestiva información (que vincula directamente al legislador, quien debe de estructurar normativamente esquemas procesales que permitan asegurar la posibilidad real que todas las partes puedan recibir de forma integral la información referida a las cuestiones fácticas que sean aportadas o que se admitan de oficio por el juez), ii) el derecho a defenderse activamente (supone que las partes tengan la mínima posibilidad para formular alegaciones fácticas y jurídicas, acompañadas de las respectivas pretensiones y pruebas pertinentes, lo cual implica que nuevamente sea el legislador quien elabore una estructura procedimental capaz de lograr ello), y iii) el derecho de influencia (se trata de la capacidad de influenciar en la elaboración de los fallos del juez emitidos en cualquier momento del proceso, pero

con especial importancia en la decisión que resolverá el fondo de la *litis*, lo cual tiene como correlato que el juez esté obligado a evaluar y dar respuesta a dicha influencia) (Alfaro, 2014).

4.3. Los dos sentidos del derecho al contradictorio

4.3.1. Sentido débil del derecho al contradictorio

El sentido débil del derecho al contradictorio presupone un juez pasivo, imparcial y por ende alejado de las partes procesales, pero sin que ello suponga que deje de escucharlas. Aquí el referido derecho pasa a convertirse en la contracara del derecho de acción del demandante, por lo que se ha sostenido que implica su entendimiento como principio lógico formal en un juego en el que existen dos rivales en donde cada uno de ellos debe emplear sus mejores jugadas. De ello se infiere que esta visión comprendería dos derechos: información-reacción (Alfaro, 2014).

De este modo, en la doctrina se ha sostenido:

Cuando hablamos de proceso, sea cualquiera corriente que se siga (...), siempre prevalente el principio de bilateralidad puesto que necesariamente hay dos partes: la demandante y la demandada. Ello lleva al principio de contradicción, como contraparte al derecho de acción. Si el demandante tiene el derecho/poder de acción, el demandado tiene el de contradicción, para ejercer su defensa (...). (Guerra, 2020, p. 49)

Tal como señala Alfaro (2014), el peligro de este enfoque es que abre la posibilidad de que el derecho al contradictorio pueda ser eliminado, justificándose dicha decisión en la finalidad de asegurar la eficacia del proceso cuando se requiere de un decisión célere.

4.3.2. Sentido fuerte del derecho al contradictorio

El sentido fuerte del derecho al contradictorio tiene como premisa que los sujetos procesales, demás intervinientes en el litigio y el juez, participan de forma efectiva y real, teniendo todos ellos una influencia decisiva en la adopción de la decisión judicial.

Así, esta noción implica que las partes procesales tengan la oportunidad de actuar plenamente y sin restricciones no justificadas, siendo inconstitucional cualquier disposición en contrario. De este modo, no pueden existir alegaciones, argumentaciones o prueba que puedan escapar del referido derecho (Alfaro, 2014).

El derecho al contradictorio, en su sentido fuerte, supone ver al proceso como un fenómeno deliberativo, en donde juega un rol fundamental de influencia. Así, no solo las partes procesales deben influenciar en la decisión judicial, sino también la sociedad en general, abriendo de este modo el palco jurisdiccional al debate participativo y pluralista.

En este sentido se ha sostenido que una vez provocada la jurisdicción, la garantía del contradictorio (que un inicio se limitaba a ser del demandado) excede sus límites y da espacio a que se cumpla un objetivo más grande, que es la participación colaborativa en las decisiones estatales, circunstancia que justifica la represión de las conductas de mala fe y de los actos ofensivos de la dignidad de la justicia (Do Passo, 2010).

4.4. Definición

Acogiendo el sentido fuerte del derecho al contradictorio, tenemos que sería un derecho fundamental procesal que formaría parte del omnicompreensivo derecho a la defensa (Alzamora, s.d.; Nieva, 2014; Landa, 2020), y, en principio, permitiría que las partes procesales, en posición de igualdad, tengan las mismas oportunidades para probar y alegar lo que consideren conveniente (Chamorro, 1994), a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.

Asimismo, en segundo término, facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de dichas partes, pero también de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en su resultado, a fin de que se les brinde el espacio adecuado para poder ser oídos, alegar, probar (Bustamante, 2015) y, en general, a ejercer algún mecanismo de defensa que consideren pertinente (Zufelato, 2017).

Es así que se ha entendido que desde una interpretación constitucional del referido derecho, pone en realce su función determinante que lleva a cabo en el proceso, convirtiéndose en su rasgo diferenciador, que implica obligatoriamente la participación no sólo del demandante, sino de todos los sujetos a los que le alcanzará sus efectos durante cada fase del procedimiento, posibilitando la expedición de fallos bien formados (Alfaro, 2014).

En este sentido, lo que busca este derecho es que el proceso no sea un diálogo de sordos entre los que se encuentren en conflicto, sino que estas y todos aquellos que puedan aportar a la solución del conflicto, deben de tener la oportunidad de dialogar; diálogo en el que también debe estar involucrado el juez, a fin de que se

elabore un mejor juicio (Nieva, 2014), quien debe tener en cuenta todas las participaciones al momento de expedir la respectiva resolución judicial.

4.5. Su tratamiento en el Derecho Comparado

4.5.1. España

Respecto al derecho al contradictorio, conocido en España como principio de audiencia, se ha sostenido que sería un principio general del Derecho, que se formaría en los siguientes términos: nadie puede ser sujeto a una condena sin antes haber sido oído y vencido en juicio, esto es, se trataría que ningún sujeto de derecho puede sufrir daños a través de una resolución perjudicial sin que previamente haya tenido la oportunidad de actuar dentro del proceso de que se trate, en defensa de sus intereses legítimos y derechos, de acuerdo a lo que esté previsto por la ley (De La Oliva, Díez-Picazo y Vegas, 2016a).

En el caso de la Constitución española, tenemos que no existe uniformidad respecto a la ubicación normativa del derecho al contradictorio. Así, para un sector de la doctrina, se encontraría en el primer párrafo del artículo 24, mientras que otros consideran que estaría regulado en el segundo párrafo.

En el que respecta a la jurisprudencia, tenemos la STC Nro. 109/1989 (citado por Alfaro, 2014), que señala que el referido derecho formaría parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero también que sería una exigencia imprescindible del derecho al proceso con las garantías debidas.

En la misma orientación, hay autores que lo consideran dentro del derecho de defensa, del cual formaría parte conjuntamente con otras garantías, como el plazo razonable, el juez pre constituido por la ley, el acceso a los recursos, etc.

Ahora bien, pese a que ambas posiciones poseen adeptos, la mayoría de autores y de pronunciamientos jurisprudenciales han considerado que el derecho al contradictorio se encontraría en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución española (Alfaro, 2014).

4.5.2. Italia

En un inicio, el derecho al contradictorio era entendido en su sentido débil, esto es, únicamente desde un aspecto formal, como respuesta a la acción del demandante.

Posteriormente, con el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina, fue entendido como una oportunidad para que las partes puedan colaborar con el juez, quien debía de tener en cuenta las alegaciones y las pruebas ofrecidas para adoptar su decisión judicial razonada. Así, Carnelutti (2019) sostuvo que el contradictorio se desarrollaría como si fuese un diálogo, en donde cada una de las partes abogaría por su propia posición y su propia verdad.

El derecho al contradictorio alcanzó tal relevancia, que incluso Satta (1971) sostuvo que de él derivaban todas las otras normas que le dan forma al proceso civil, como es el caso de la dependencia del juicio en relación a la acción, la dependencia del juez en relación a las partes en lo que respecta a la producción de la prueba y la imposibilidad del juicio de *non liquet*.

En sentido parecido, respecto a su importancia, se pronunció Calamandrei (2006), quien sostuvo que en el proceso moderno, regido por los principios constitucionales, el principio fundamental del proceso, su garantía suprema, es el derecho al contradictorio.

El sentido fuerte del derecho contradictorio en Italia acogió mayor fuerza con la entrada en vigor de la Constitución italiana, la cual, si bien en un inicio no lo regulaba de forma taxativa, esto no fue óbice para que la doctrina y la jurisprudencia lo infirieran del artículo 24, segundo párrafo; inferencia que duró hasta la reforma de la Constitución italiana del artículo 111, momento en el que se introdujo de forma textual en sus dos primeros párrafos, generando consigo que asuma nuevas especificaciones a consecuencia de la relación construida entre los dos citados artículos (Proto, 2018; Alfaro, 2014).

4.6. Su tratamiento en el Perú

4.6.1. En los dispositivos legales

A nivel de instrumentos normativos internacionales, del cual Perú es Estado parte, se encuentra reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 14 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y el artículo 80 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto al Perú, lo encontramos como contenido implícito del derecho de defensa, el cual se encuentra regulado en el inciso 14 del artículo 139 de la Carta Magna, así como del debido proceso, que posee reconocimiento constitucional en el inciso 3 del citado artículo.

En el caso del proceso de familia, que se regula supletoriamente por el Código Procesal Civil, se encuentra regulado en el artículo I del Título Preliminar de este cuerpo de leyes, así como en los artículos 3, 51 inciso 2, 194, 435 y 637. Siendo

que el último artículo se refiere el régimen de contradictorio actualmente vigente en el proceso de medidas temporales sobre el fondo, el cual fue analizado críticamente en este trabajo en los sub capítulos subsiguientes.

4.6.2. En la doctrina

En la doctrina, al igual que en los países de España e Italia, se advierte que el derecho al contradictorio ha sido entendido en sus dos sentidos (débil y fuerte), con la diferencia que todavía no existe unanimidad respecto a su sentido contemporáneo; es decir, como derecho fundamental procesal que incluye en la decisión del juez y que cuya titularidad no se limita a las partes procesales, sino a todo aquel que resultará en peligro de afectación o con una afectación efectiva por la decisión que adopte el juez en el juicio.

De este modo, tenemos posiciones como la de la profesora Guerra (2020), quien entiende al contradictorio únicamente como la contraparte del derecho de acción del demandante, por lo que su titularidad, por ende, solo recaería en el demandado y nadie más.

En cambio, el otro sector de la doctrina, encabezado por Ariano (2014), Alfaro (2014) y Cavani (2012), y que cada vez va más en aumento, entiende al referido derecho como uno de naturaleza fundamental procesal, siendo por ende su vigencia y respeto sumamente esencial, tanto para hablar de un proceso civilizado, como de una legislación que no sea inconstitucional.

4.6.3. En la jurisprudencia

En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se tiene que el máximo intérprete de la Constitución ha entendido al derecho al contradictorio como una dimensión del derecho de defensa.

Así, en la STC Nro. 1003-98-AA/TC (Caso Jorge Miguel Alarcón Menéndez, 2002), precisó que el derecho de defensa es un derecho fundamental procesal que integra el ámbito del derecho al debido proceso; pero, además, se proyecta como principio de interdicción de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que le pudiesen afectar a una parte del proceso o a algún tercero. De este modo, en la STC Nro. 3062-2006-PHC/TC (Caso Jyomar Yunior Faustino Tolentino, 2006), precisó que sin el derecho a la defensa no existiría derecho al contradictorio.

4.7. El derecho fundamental al contradictorio en los procesos de familia

En los procesos de familia, que se caracterizan por existir en la gran mayoría de pretensiones una persona en estado de vulnerabilidad (menor de edad, adulto mayor, víctima de violencia, etc.), el derecho al contradictorio asume un rol fundamental para la adecuada tutela del derecho discutido en el litigio, toda vez que permite al juez adoptar la decisión más cercana a la realidad y al problema tangente que engloba a la familia, los integrantes de esta o los terceros que terminan siendo involucrados al conflicto familiar.

La relevancia del referido derecho ha sido manifestada incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en la Opinión Consultiva Nro. 16, de 1999 (citado por Bermejo y Pauletti, 2017), ha sostenido que la presencia de factores de desigualdad real, como aquella en la que se hallan los infantes, obliga a que el juez adopte medidas destinadas a reducir o eliminar aquellos obstáculos o deficiencias que impidan o reduzca la defensa eficaz de los intereses en juego en el litigio.

SUB CAPÍTULO V LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

5.1. Tutela cautelar

Los avances sobre la tutela cautelar son relativamente recientes, toda vez que por mucho tiempo las resoluciones cautelares fueron consideradas como un apéndice de la ejecución forzada y como una fase del proceso de cognición (Calamandrei, 1996).

Los primeros trabajos que analizaron sistemáticamente este tipo de tutela, dejaron en claro que su finalidad era eminentemente asegurativa (Peyrano, 1981; Nieva, 2015), esto es, estaban dirigidos a salvaguardar la futura eficacia de la decisión que le ponía fin a la *litis* principal, impidiendo que lo que decida el juez queda en *letra muerta*.

Para un sector de la doctrina moderna, incluso la tutela cautelar formaría parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual implicaría que aquella tenga diversos contenidos. Así, comprendería los derechos a solicitar una medida cautelar, a ofrecer pruebas para demostrar la presencia de los presupuestos para conceder la medida, a obtener una respuesta debidamente motivada frente a la solicitud cautelar y a que la decisión del juez garantice la permanencia, durante el proceso, del derecho o el interés jurídico a tutelar (Chamorro, 1994).

5.2. Tipología de las medidas cautelares

Respecto a la tipología de las medidas cautelares, se han elaborado diversas propuestas doctrinarias y legales; por ello, en este acápite se explicó únicamente

aquella que ha sido acogida por el legislador peruano en el Código Procesal Civil; cuerpo normativo que se aplica supletoriamente para los procesos de familia.

5.2.1. Medidas cautelares para futura ejecución forzada

Aunque el Código Procesal Civil confunda este tipo de medida cautelar en diversos artículos con las denominadas medidas ejecutivas, lo cierto es que en materias vinculadas con derechos materiales patrimoniales son las más comunes. Así, vendrían a ser aquellas medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de un derecho de crédito que se traduce en la satisfacción de una obligación dineraria o que pueda ser valorizada en dinero.

Por otro lado, se caracteriza por estar destinada a asegurar el pago y porque pasa a mutar a una medida ejecutiva cuando se proceda con la ejecución forzada, sea en el proceso de cognición en el que se emitió una sentencia de condena o en el proceso ejecutivo.

Siguiendo la estructura normativa del citado código, se divide en embargo en sus seis tipos, y en el secuestro conservativo. A continuación se explicaron brevemente cada uno de ellos:

- En forma de depósito: Esta medida está destinada a afectar los bienes muebles que son de propiedad del deudor o del presunto deudor, así como los bienes inmuebles de este que no estén inscritos. En este caso, una vez ejecutada la providencia cautelar, los bienes quedan en posesión del afectado, quien pasaría a asumir la función de depositario judicial y por ende respondería por dicho cargo frente a un desperfecto o desaparición de los mismos.

- En forma de inscripción: Esta medida está destinada a recaer sobre los bienes inscritos del deudor o presunto deudor, siendo que se ejecuta en los registros públicos respectivos.
- En forma de retención: Esta medida está destinada a recaer sobre los bienes muebles del deudor, pero que están en posesión de terceras personas. En este caso, el juez competente ordena a estos últimos a que retengan el bien y que no lo regresen al afectado con la medida.
- En forma de intervención en recaudación: Este tipo de medida recae sobre los ingresos que produce una empresa productiva de propiedad del deudor o presunto deudor. Lo que se afectan son propiamente los ingresos que genera dicha empresa. A fin de que pueda ser ejecutada, es necesario que se nombre a un órgano de auxilio judicial que adopta el nombre de interventor-recaudador, quien estará a cargo de intervenir y recaudar los respectivos ingresos.
- En forma de administración: Esta medida se caracteriza porque recae sobre la empresa de propiedad del deudor o presunto deudor, a fin de que la administración recaiga en el órgano de auxilio denominado interventor-administrador.
- En forma de intervención en información: Esta medida se diferencia de las demás porque se interviene la empresa de propiedad del deudor o presunto deudor, a fin de obtener únicamente información sobre cómo viene efectuándose el movimiento económico de la empresa.

En estricto, esta última no sería propiamente una medida cautelar, pues luego de ser obtenida la información, se debe de solicitar otra medida para afectar los bienes del sujeto pasivo de la medida.

- Secuestro conservativo: Con esta medida el juez (o el servidor a quien él le faculte), el titular de la medida cautelar, el custodio judicial y los miembros de la policía se constituyen al inmueble de propiedad del deudor y, luego de haber identificado los bienes, proceden a secuestrarlos, dejándolos en posesión del órgano de auxilio judicial. Contra estos bienes, luego se procederá a iniciar la ejecución forzada, si es que el deudor vencido en juicio no paga lo adeudado dentro del plazo que el juez le haya concedido.

5.2.2. Medidas cautelares innovativas

Este tipo de medidas cautelares se caracterizan porque tienen por objeto modificar el estado fáctico o jurídico existente antes de que sea pretendido su otorgamiento. Como son excepcionales, según el Código Procesal Civil peruano, el juez, a fin de que las pueda conceder, deberá de analizar el cumplimiento de los siguientes presupuestos: i) la verosimilitud del derecho invocado, ii) el peligro en la demora, iii) la contracautela, iv) el inminente perjuicio irreparable para quien lo solicita y v) que no exista otra medida cautelar que cumpla la finalidad de asegurar el derecho discutido en el proceso principal.

En el caso de los procesos de familia, es viable que se puedan solicitar y conceder. Tal es el caso, que el Código Procesal Civil ha establecido taxativamente que procede en las pretensiones de interdicción civil.

5.2.3. Medidas cautelares de no innovar

Por estas medidas cautelares lo que se busca es asegurar el estado de las cosas existentes; es decir, que se no se deshaga lo hecho, sino que se mantenga la situación que existe al momento de solicitarla, imposibilitando que se realicen acciones que generen una modificación.

Al igual que la anterior medida cautelar analizada, esta también resulta ser excepcional, en el sentido que procede si es que no hay otra medida específica que cumpla la función de asegurar la eficacia de la decisión final que se emitirá en el proceso principal.

5.2.4. Medidas temporales sobre el fondo

Por la medida temporal sobre el fondo se satisface el derecho material de forma anticipada a la sentencia, esto es, el juez dispone la realización del derecho material, luego de transitar por una cognición sumaria o de verosimilitud. Así, no es instrumento de otra tutela, sino que satisface al autor, dándole lo que anheló al proponer la acción. La eficacia de la medida temporal sobre el fondo es tal, que prácticamente, de manera parcial o total, adelanta la tutela que se debería obtener recién con la decisión final sobre el fondo.

Ahora bien, sin todavía ingresar al análisis sobre si las medidas temporales sobre el fondo son o no medidas cautelares, se tiene que el Código Procesal Civil las clasifica como una forma de medida cautelar excepcional (Hurtado, 2014), pues proceden únicamente cuando existe una necesidad impostergable del que lo solicita, esto es, si es que no son concedidas, se generaría un perjuicio irreparable para este último.

Sobre el particular, Guerra (2016) sostiene que además de la apariencia del derecho y el peligro en la demora procesal, en este tipo de medidas debe probarse la presencia de una circunstancia excepcional y una necesidad impostergable; además, la anticipación de la tutela debe ser reversible sin perjudicar el interés público.

El Código Procesal Civil establece que procede en determinadas pretensiones, aunque no prohíbe la posibilidad de que sean solicitadas en otros procesos, las cuales son las siguientes: i) alimentos, específicamente en el caso de la fijación de la pensión alimenticia, “ii) asuntos de familia e interés de menores, iii) administración de bienes, iv) separación de cueros o divorcio, v) desalojo y iv) interdicto de recobrar (despojo)” (Florián, 2021, p. 200).

5.2.5. Otras medidas cautelares

El Código Procesal Civil regula otras dos más medidas cautelar, las cuales no pueden ser consideradas en las clases previamente explicadas porque tienen ciertas particularidades que las hacen únicas. Estas son:

- El secuestro judicial: Se efectúa cuando en el proceso principal es materia de la *litis* el mejor derecho de propiedad o de posesión de un bien, y una de las partes procesales petitiona al juez que se traben esta medida con el fin de que ni ella ni su contraparte use el bien, sino que el mismo sea entregado al custodio judicial a fin de que lo custodie hasta los resultados definitivos del conflicto procesal.
- La anotación de demanda: Esta medida cautelar busca dejar constancia de la existencia de un proceso en registros públicos, a fin de que los terceros, respecto a bienes individualizados, patrimonios o estados de personas naturales, no puedan luego alegar la buena fe y desvincularse de lo que pudiera hacer efectivo quien obtuvo la providencia cautelar.

Esta medida no prohíbe la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores; sin embargo, brinda prevalencia al titular de la medida.

5.2.6. Medida cautelar genérica

Conocido como poder general de cautela, por este el juez tiene la atribución de conceder cualquier medida cautelar que garantice en mejor medida la futura eficacia de la decisión final en el proceso principal, incluso alguna que no se encuentre taxativamente prescrita en el Código Procesal Civil o en otro cuerpo de leyes.

5.3. Tutela cautelar y tutela anticipada

En torno a la función de la tutela cautelar, se tiene que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha dejado sentado lo siguiente:

38. (...) la función de las medidas cautelares están orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los proceso. Existen procesos que por su duración aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para (la) eficacia del derecho. (Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, 2006).

Asimismo, en otro proceso esbozó un criterio similar:

7. (...) la función constitucional de la tutela cautelar es el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y la neutralización de los perjuicios irreparables que se podían ocasionar por la duración del proceso, a la par de garantizar el derecho a la tutela

jurisdiccional efectiva (...). (Caso Empresa Centro Medic Ayacucho S.R.L., 2014)

De este modo, para el Tribunal Constitucional peruano, la tutela cautelar tiene un fin eminentemente asegurativo, en el sentido que está dirigida a resguardar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal.

En lo que respecta a la doctrina, tenemos que también existen diversas opiniones que reafirman el carácter asegurativo de la tutela cautelar. Así, en Italia lo sostienen Rocco (1977), Carnelutti (1960), Calamandrei (1996), Liebman (1980) y Redenti (1957); en Argentina los profesores Alvarado (2014), Arazi (1999), y en Perú defienden esta posición Priori (2006), Cavani (2013), Rosario (2006), Hurtado (2014), Monroy (2017) y Valverde (2021).

No obstante, con el avance de los trabajos elaborados sobre el referido tipo de tutela, se advirtió que se había superado la teoría clásica, en el sentido que no solo se restringía a tener una función meramente asegurativa, sino que en ocasiones también anticipaba los efectos de la futura decisión definitiva. Por tal motivo, empezaron a emitirse opiniones como las de Carnelutti (1944) quien refirió que “otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia” (p. 250).

Así, en España se sostuvo que las medidas cautelar podían diferenciarse, según su finalidad, en tres tipos: i) medidas que aseguran la ejecución; ii) medidas innovativas, y iii) medidas anticipadas (Montero, Gómez, Barona y Calderón, 2003). Incluso se sostuvo que en el caso de las terceras, no se tratarían de un prejuzgamiento (Nieva, 2015).

Lo cual incluso generó que en su actual Ley de Enjuiciamiento Civil, se asuma que también existan medidas cautelares que anticipen el contenido de lo que se pretende en el proceso principal (De La Oliva, Díez-Picazo y Vega, 2016b).

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en Europa, en América Latina, de la mano de los brasileños, se empezó a construir los pilares teóricos para identificar un nuevo tipo de tutela, la cual fue denominada como tutela anticipada o anticipatoria, marcando su diferencia con la clásica tutela cautelar (Zufelato y Zeri, 2015).

En este sentido, se tienen los aportes de Marinoni (2016), los cuales se pueden resumir en las siguientes premisas: i) la tutela cautelar, aunque se relaciona con el peligro, fue concebida esencialmente para asegurar la utilidad de la tutela jurisdiccional final; ii) la tutela cautelar fue elaborada pensando en una función eminentemente asegurativa, pero de una acción que presuponía la violación del derecho; iii) la función de la tutela cautelar es de simple tutela, esto es, de garantía, no pudiendo ser satisfactiva; iv) las necesidades del derecho material impusieron la distorsión de la técnica cautelar, a tal punto que empezó a brindar tutela inhibitoria y tutela anticipada, y v) la doctrina de Calamandrei no tiene en cuenta la relación entre el proceso y el derecho material, esto se advierte cuando afirma que toda decisión que anticipa el juzgamiento del mérito, tiene naturaleza cautelar; así, para el referido autor, lo que definiría la naturaleza de la tutela sería su carácter provisorio, sin tener en cuenta el resultado que se le proporciona al autor; por ello, Calamandrei, al escribir su obra, acabó refiriéndose más a la tutela anticipatoria que a la tutela cautelar.

Asimismo, se cuenta con la opinión de Didier, Sarno y Santos de Oliveira (2011), quienes diferencian ambas tutelas a partir de seis trazos distintivos: i) por su

función, la tutela anticipada brinda eficacia inmediata a la tutela definitiva satisfactiva o no, por tal motivo, sería atributiva o conservativa; en cambio, la tutela cautelar garantiza la eficacia futura de la tutela definitiva satisfactiva, de tal modo que es siempre conservativa; ii) por su naturaleza, la tutela anticipada sería una técnica procesal, mientras que la tutela cautelar sería una especie de la tutela jurisdiccional; iii) por sus presupuestos, la tutela anticipada normalmente exige un cumplimiento de ellos de forma más rigurosa, toda vez que se exige prueba inequívoca de la verosimilitud y puede presuponer urgencia o no; en cambio, la tutela cautelar posee presupuestos que son más sencillos de cumplir, así se exige simple verosimilitud del derecho cautelar y siempre presupone urgencia; iv) por su estabilidad, la tutela anticipada sería eminentemente provisoria, teniendo la posibilidad de continuar y ser confirmada con la tutela definitiva; por el contrario, la tutela cautelar sería definitiva en cuanto a su propio objeto, pero se encontraría predispuesta a la inmutabilidad; v) por su cognición, la tutela anticipada requiere cognición sumaria, mientras que la tutela cautelar necesita de cognición completa; y vi) por su temporalidad, la tutela anticipada sería temporal o perpetua; así, se presentará el primero si es conservativa o si es atributiva revocada, mientras que será el segundo caso si es atributiva y luego es confirmada con la tutela definitiva; mientras tanto, la tutela cautelar siempre es temporal.

5.4. Las medidas temporales sobre el fondo: ¿manifestación de la tutela cautelar o de la tutela anticipada?

En la doctrina nacional existen diversas posiciones, muchas de ellas contradictorias, respecto a este tema. Así, para Guerra (2016) la medida temporal sobre el fondo

regulada en el artículo 674 del Código Procesal Civil no sería una manifestación de la tutela anticipada, sino de la tutela cautelar, pues refiere que no habría contradictorio previo, características fundamental para hablar de la existencia de la anticipación de tutela, la cual, para ella, brindaría una satisfacción de la pretensión de forma definitiva o provisional.

Así, para la citada autora, las características de la tutela anticipada serían: i) existencia de un proceso, ii) que no se puedan dictar *inaudita altera parte*, iii) persiguen la inmediata realización del derecho, iv) sus efectos son reversibles; v) el peligro en la demora que se traduce en la existencia de un riesgo de perjuicio irreparable, vi) se analiza la conducta del demandado, vii) y está sujeta a la estricta aplicación del principio de congruencia (Guerra, 2016).

En sentido parecido opina La Serna (2021), quien sostiene que no se obtendría alguna ventaja práctica si se consideran a las medidas temporales sobre el fondo como tutela anticipada, toda vez que las medidas cautelares también cumplirían una función, además de asegurativa, de adelantar total o parcialmente los efectos prácticos de la sentencia que la acoge.

Aunado a ello, refiere que el hecho que la medida temporal sobre el fondo y la sentencia coincidan en los efectos prácticos, no obsta para que la misma también asuma un rol instrumental desde el plano teleológico, como todas las demás medidas cautelares (La Serna, 2021). Asimismo, estas medidas también compartirían las características de la provisoriedad, toda vez que sus efectos no son definitivos, ya que son actuados con cognición sumaria.

También en esta posición se encuentra Monroy (2010), quien sustenta que las medidas temporales sobre el fondo vendría a ser una forma de tutela cautelar

coincidente, entendiendo a esta última como aquella que asegura la eficacia de la sentencia final, pero con el aspecto relevante que su contenido posee una relación íntima con el que se deriva de la relación procesal principal, esto es, coinciden en sus efectos; asimismo, refiere que más que anticipar los efectos de la sentencia, lo que haría es establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido.

En cambio, para Martel (2014) y Veramendi (2016a) la medida temporal sobre el fondo sí vendría a ser una manifestación de la tutela anticipada, pues refieren que a través de ella se anticipa la tutela, esto es, atiende de forma integral o parcial la misma materia que será o sería objeto de la sentencia final.

Del mismo modo Ledesma (2015) opina que la medida temporal sobre el fondo no importa una medida cautelar, toda vez que afecta o altera la relación jurídica sustancial al satisfacer anticipadamente la pretensión principal, pero la cual se mantiene hasta los resultados de la sentencia definitiva.

Por otro lado se ubica la postura de Ruiz y Mayor (2021), para quienes las medidas temporales sobre el fondo son una institución jurídica procesal híbrida, toda vez que posee características de las medidas cautelares, como es el de la instrumentalidad, pero el ordenamiento jurídico peruano exige presupuestos que más bien corresponde a las medidas autosatisfactivas. Así, la medida temporal sobre el fondo se caracterizaría por los siguientes rasgos: i) ser excepcional, ii) para su concesión el peticionante debe probar dos situaciones concretas (la necesidad impostergable y la firmeza del fundamento de la demanda), y iii) que es instrumental.

De igual modo, tenemos la opinión de Rosario (2006), para quien la medida temporal sobre el fondo es una especie del género medida anticipada; así, no formaría parte de la tutela cautelar.

Finalmente, tenemos la opinión de Ariano (2014), para quien las medidas analizadas no serían una medida cautelar ni por ende formarían parte de la tutela cautelar, sino que son un manifestación de la tutela de fondo al no ser instrumentales, sino interinas, temporales y dirigidas a volverse definitivas e inmutables con la sentencia que resuelva el fondo de la *litis*; así, vendrían a satisfacer de forma directa el derecho, mas no a asegurar la eficacia de la tutela que brindaría la decisión definitiva.

Para este trabajo, se resolvió el presente dilema a partir del contenido del artículo 674 del Código Procesal Civil, y su evaluación comparativa con los demás artículos que caracterizan a la tutela cautelar en el referido cuerpo de leyes.

De esta forma, se pueden apreciar las siguientes características sobre las medidas temporales sobre el fondo: i) son excepcionales, en el sentido que caben si es que no existe una medida cautelar capaz de asegurar el derecho discutido en el proceso principal, ii) no poseen como presupuestos el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho, sino la necesidad impostergable de quien lo pide y la firmeza de la demanda y prueba aportada; iii) tiene un fin netamente satisfactivo, al adelantar total o parcial lo que se aprecia que deberá ser concedido con la tutela definitiva en el desarrollo del proceso principal; iv) el análisis de su concesión y ejecución debe tener en cuenta la posibilidad de que lo que disponga pueda ser revertido, y v) la concesión de esta medida no debe afectar el interés público.

En lo concerniente al punto i), al ser excepcional, el legislador ha marcado una diferencia entre las medidas cautelares y las medidas temporales sobre el fondo, toda vez que las segundas solo procederán si es que las primeras no pueden garantizar adecuadamente el derecho sometido al litigio.

Incluso en la doctrina se ha sostenido que la excepcionalidad implicaría que solo caben para derechos de contenido infungible; es decir, que no permiten una prestación sustitutoria, como lo es el caso de la indemnización, debido a que la sola violación del derecho material, a la luz de su propia naturaleza, supone su inexistencia, por lo que el juez debe restituir su inmediata vigencia (Sumaria, 2017)

Respecto al punto ii), se considera que marca un gran distanciamiento con las demás medidas cautelares tradicionales, toda vez que su concesión no está condicionada a la evaluación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho; es decir, a los presupuestos que prevé el artículo 611 del Código Procesal Civil, sino a otros, que son de mayor grado.

En relación al punto iii), a diferencia de las demás medidas cautelares, la medida temporal sobre el fondo no tiene un fin de garantía, esto es, asegurativo, ya que al adelantar los efectos de la futura tutela definitiva, en realidad no está asegurando nada, sino que más bien está satisfaciendo provisoriamente a su titular.

En el punto iv) también se marca otro trazo distintivo, pues para las medidas cautelares no se analiza lo referente a la reversibilidad, sino únicamente lo concerniente a la razonabilidad y a la adecuación.

Finalmente, con el punto v) se establece una característica diversa de las medidas temporales sobre el fondo que no comparte con las medidas cautelares, ya que para

la concesión y ejecución de esta última no se evalúa el interés público, a diferencia de la primera.

Por lo antedicho, en este trabajo se consideró que la medida temporal sobre el fondo, pese a estar regulada en el Título IV del Código Procesal Civil referente al proceso cautelar, y en el Capítulo II del mismo cuerpo de leyes titulado “Medidas cautelares específicas”, viene a ser una manifestación de la tutela anticipada, por sus características, presupuestos y por la forma en la que ha sido regulada en el Código Adjetivo.

5.5. Análisis de los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo

En relación a este acápite, en la doctrina se tiene que existen diversas propuestas respecto a los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo que deben ser cumplidos por quien la peticona y debidamente analizados por el juez; sin embargo, en el presente trabajo se evaluaron los mismos a partir de lo que regula el Código Procesal Civil.

En este sentido, pese a que existen posiciones contrarias, como las defendidas por La Serna (2021) y Monroy (2002) (quienes esencialmente refieren que los presupuestos son los mismos que las impuestas para las clásicas medidas cautelares; es decir, peligro en la demora y verosimilitud del derecho), o la adoptada por Veramendi (2016a) (para quien existe una atenuación de los presupuestos de peligro en la demora y verosimilitud del derecho, llegando a presumirse su existencia si la medida peticonada está vinculada con derechos personales familiares), considero

que los presupuestos serían esencialmente dos: i) la necesidad impostergable de quien lo pide y ii) la firmeza de la demanda y prueba aportada.

En relación al primero, implicaría una repotenciación del peligro en la demora, tal como ha precisado Veramendi (2016a), en el sentido que no bastaría el simple peligro de infructuosidad o de tardanza, sino que se debe demostrar que si no se anticipa la satisfacción que se brindaría con la decisión definitiva, el derecho del peticionante sufriría un perjuicio irreparable. De allí que Ledesma (2015) haya sostenido que lo que busca la anticipación de tutela es evitar precisamente dicho perjuicio.

Así, siguiendo lo sostenido por Marinoni (2016), el perjuicio irreparable o también evaluado como irreperabilidad, se presentaría cuando los efectos del daño sobre el derecho no son reversibles; siendo que el fundado temor que ocurra ello se puede presentar en diversos momentos: i) antes de la contestación de la demanda, ii) después de la contestación de la demanda, iii) luego de finalizada la etapa postulatoria y iv) después de la sentencia, pero antes de que sea elevado el recurso de apelación formulada contra ella.

En cuanto al segundo, significa que lo que se busca es una cuasi certeza del derecho discutido en el proceso principal; es decir, el juez tendría que llegar a adquirir convencimiento de un grado mayor al de la simple verosimilitud (Veramendi, 2016a; Zufelato y Zeri, 2015). Por ello, se ha sostenido que este presupuesto también puede ser denominado como certeza provisional (Rosario, 2006).

De este modo, el juzgador podrá anticipar la tutela desde que se ha presentado prueba inequívoca que le convenza de la cuasi certeza de la alegación formulada por el peticionante (Marinoni, 2016).

5.6. Las medidas temporales sobre el fondo en el proceso de familia y su vinculación con los derechos de los menores de edad

En el caso de los procesos de familia relacionados a derechos de los menores de edad, la anticipación de tutela que brindan las medidas temporales sobre el fondo no solo vinculan al demandado y al demandante, sino también a los infantes, quienes, por su especial condición de vulnerabilidad, requieren ser protegidos, en primer término, por el juez.

Así, resulta evidente que en la concesión y ejecución de medidas temporales sobre el fondo en donde esté presente un menor de edad, será este sobre quien gire esencialmente la evaluación de los presupuestos para la concesión de la referida medida; más si se tiene en cuenta que ellos no son objetos de derecho, sino sujetos de derecho cuyos derechos fundamentales deben ser debidamente protegidos (Hinestrosa, 1999).

En el mismo sentido opina Berizonce (1999), quien refiriéndose a la tenencia y régimen de visitas anticipadas en Argentina, sostiene:

La guarda o tenencia provisoria de menores al igual que el correlativo régimen de visitas participan de la categoría de medida anticipatorias, con la particularidad de que tienden a tutelar prevalentemente el interés de los menores antes que el de las propias partes. (p. 159)

Es por ello que el Código Procesal Civil peruano, cuando regula las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes, prescribe, en su artículo 677, que procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo especialmente al interés de los menor de edad afectados con ella.

De este modo, además de los presupuestos consistentes en la necesidad impostergable de quien lo pide y la firmeza de la demanda y prueba aportada [que implicarían un nivel superior de cognición que la exigida por la mera apariencia del derecho (Bermúdez, 2021)], el juez tendrá que analizar un tercero, que vendría a ser el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.

Así, el juez no solo debe evaluar la necesidad impostergable de tutela del peticionante de la medida, sino también del niño o adolescente sobre el que recaerá la anticipación de la tutela definitiva, siendo que el interés de este último incluso tiene mayor preponderancia frente al del primero.

Teniendo presente ello, el peticionante no solo se debe preocupar en acreditar el perjuicio irreparable y la firmeza de su demanda con prueba pertinente, conducente y oportuna, respecto a su interés en que se le conceda la anticipación de la tutela definitiva, sino también que debe ofrecer prueba que determine que el infante cuyo derecho fundamental también está en juego requiera de dicha tutela anticipada.

En este sentido, puede ser que el peticionante acredite los dos clásicos presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo, pero pese a ello no se le conceda la medida, toda vez que no habría ofrecido prueba para generar cuasi certeza en el juez respecto a que el menor de edad involucrado también necesita de la anticipación de la tutela peticionada.

Por otro lado, otro aspecto que resulta importante comentar es que en el contexto de las medidas temporales sobre el fondo vinculados con derechos de la infancia, los requisitos de contracautela, irreversibilidad y que no se lesione el orden público se verán flexibilizados.

Respecto a la contracautela, un sector de la doctrina ha opinado que no será exigible (Veramendi, 2016b; Celis, 2021); sin embargo, considero que esa opción resulta incorrecta, toda vez que sí se pueden generar daños en la ejecución de este tipo de medidas, los mismos que deberán ser debidamente resarcidos por el peticionante.

Ahora, si bien se considera que se debe exigir contracautela, la misma no debe ser de carácter real, sino que bastará que sea una caución personal, en donde el peticionante no solo se comprometa a resarcir un posible daño que ocasione la ejecución de su medida respecto a su contraparte en el proceso, sino que además tendrá que comprometerse a resarcir los daños ocasionados en la ejecución al infante que terminó siendo involucrado al litigio.

Por otro lado, en lo que respecta a la irreversibilidad, se comparte lo sostenido por Marinoni (2016), quien refiere que este requisito no puede ser evaluado de forma absoluta, sino relativa, en el sentido que habrá casos en donde es necesario anticipar la tutela, pese a que la acción que la misma despliegue sobre la situación jurídica del otro sujeto procesal sea irreversible.

Así, la tutela anticipada puede ser concedida pese a causar una afectación irreversible a un bien de naturaleza no patrimonial, a fin de evitar el perjuicio irreparable del peticionante de la medida y del menor de edad involucrado en el litigio, pero siempre que el valor jurídico del bien sea inferior al bien que busca protegerse a través de la anticipación de tutela (Marinoni, 2016).

Aunado a ello, se necesita precisar que en el contexto del proceso de familia, la relativización de la irreversibilidad de la medida temporal sobre el fondo debe de recaer en el sujeto pasivo de la medida temporal sobre el fondo, más no en los infantes involucrados en el litigio.

En tercer lugar, en lo concerniente al requisito consistente en que no se afecte el interés público, se entendería este en el entendido que la medida en su concesión o ejecución no lesione alguna norma vinculada a los infantes, al ser estas de contenido público, en el sentido que el Estado posee pleno interés en que los menores de edad se desarrollen íntegramente sin que se le lesione alguno de sus derechos.

Por otro lado, es pertinente mencionar que la normativa procesal ha previsto algunas pretensiones en los que cabría dicha medida temporal sobre el fondo, pero con la precisión que no se agotaría la lista en dichos casos, sino que estos, por su especial trascendencia, necesitaban de una regulación expresa. Así tenemos los siguientes.

5.6.1. Anticipación de alimentos

La pensión anticipada o también denominada alimentos provisorios o anticipados, viene a ser una auténtica medida típica (Ariano, 2014) que se encuentra regulada en el artículo 675 del Código Procesal Civil, el cual establece que se constituye como una forma de medida temporal sobre el fondo, a través del cual el menor de edad recibe de manera anticipada la pensión de alimentos, sea en una parte o de forma total, que se le va a conceder al ser emitida la decisión definitiva en el proceso principal.

En este sentido, no sería una manifestación de la tutela cautelar, como erróneamente precisa un sector de la doctrina (Bocanegra, 2021), sino de la tutela anticipada, al adelantar en todo o en parte la pensión que sería recién fijada de forma definitiva con la tutela de fondo que se brindaría con la sentencia, la conciliación judicial u otro acto procesal que tenga dicha función a la luz de lo que establece la normativa.

Así, la asignación de alimentos anticipada no sería una medida para futura ejecución forzada ni menos un embargo, tal como precisa Ledesma (2015), sino que brindaría una satisfacción provisional previa por la necesidad impostergable del menor de edad titular del derecho de alimentos.

Esta situación de necesidad requiere, para su acreditación, que se cuente con certeza en el vínculo filial, pues es este del que se deriva la obligación de prestar alimentos entre progenitores e hijos, siendo, en la mayoría de los casos, este último quien asuma la calidad de acreedor, y los primeros la calidad de deudor.

Si bien en la gran cantidad de casos quien formula la demanda de alimentos es la madre, esto no implica que ella sea el titular del derecho sometido al litigio, sino que lo será el hijo menor de edad, el cual, por su no capacidad procesal, no puede interponer por sí mismo la demanda, sino que tendrá que hacerlo su madre al tener esta su representación legal (representación que se deriva del ejercicio de la patria potestad).

En este sentido, la evaluación de los tres presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo debe ser realizada desde el interés del infante, y no de la madre o de cualquier otro sujeto de derecho que haya formulado la demanda de alimentos en su representación.

Es por ello que en la doctrina se ha sostenido lo siguiente:

También es importante destacar que la asignación anticipada de alimentos constituye una pensión que se otorga a favor del alimentista de manera preventiva para cubrir las principales necesidades de carácter urgente, lo cual no implica necesariamente la valoración exhaustiva de las necesidades del alimentista y la capacidad económica del demandado y deberes

familiares adicionales, situación que acontecerá únicamente en el proceso principal, en donde se valorará las condiciones especiales (...), y en el cual se fijará el *quantum definitivo*. (Celis, 2021, p. 178).

Finalmente, es importante precisar que también cabe, por no prohibirlo ningún dispositivo legal, las medidas temporales sobre el fondo en las pretensiones de aumento, variación, exoneración, cesación y disminución de la cuota alimentaria. Así en la doctrina se ha explicado que la medida temporal sobre el fondo en el caso de exoneración de alimentos procedería cuando de continuarse con el pago de la pensión de alimentos previamente fijada, se colocaría en riesgo la propia subsistencia del obligado alimentario (Muriche, 2021).

5.6.2. Tenencia provisional

Otra medida temporal sobre el fondo es la tenencia provisional, la cual es definida como aquella medida que busca garantizar el bienestar de los niños o adolescentes de forma anticipada, en el entendido que busca que estos convivan, antes de contar con la decisión definitiva, con el progenitor que tutelaré, en mayor medida, la satisfacción de sus necesidades materiales como espirituales.

Esta tenencia es concedida dentro del proceso y mientras dure el proceso principal, siendo que solo puede ser pretendida por el progenitor que no ejerza la tenencia de hecho o de derecho y se confirmará o se dejará sin efecto teniendo en cuenta si la demanda formulada en el proceso principal es declarada fundada o infundada.

Se encuentra regulada en el Código de los Niños y Adolescentes, el cual, en su artículo 87, ha establecido el trámite de la misma dependiendo de la edad del menor de edad involucrado en el litigio, así como el hecho referido a que si estuviese en peligro su integridad física.

En el caso que el niño sea menor de tres años y la referida integridad esté en peligro, el pedido de tenencia provisional será resuelto en un plazo no mayor de veinticuatro horas. Esto significa que tendría que estar debidamente acreditados los dos requisitos.

Sobre esta regulación, el profesor y magistrado Celis (2021) ha sostenido que se justifica la prontitud en las horas, toda vez que por su minoría de edad, requiere de un cuidado especial permanente.

En cambio, si el niño es mayor de tres años o si pese a tener menos de tres, no está en peligro su integridad física, el juez resolverá el pedido de tenencia provisional habiendo recabado previamente el informe del equipo multidisciplinario y el dictamen fiscal, así como la opinión del infante.

Sobre esta medida, Veramendi (2016b) ha sostenido que su sustrato es una relación recíproca entre los progenitores y sus hijos, lo cual justificaría que la tramitación sea con contradictorio previo, toda vez que solo así el juez podrá advertir quién es el padre más idóneo para ejercer la tenencia.

5.6.3. Régimen de relación provisional

Por esta medida, se fijará un régimen de visitas, estancia o de comunicación entre quien pretendió la medida y el menor de edad visitado. Es de advertir que el derecho de relación no solo corresponde a los progenitores, demás familiares o allegados, sino también, y especialmente, a los niños o adolescentes, quienes requieren mantener relaciones personales con el padre o madre con el que no convive de forma cotidiana, así como otros familiares o terceros cuya compañía termina siendo positiva para su desarrollo integral.

El artículo 89 del Código de los Niños y Adolescentes lo regula, prescribiendo que el padre o madre que ha sido impedido o limitado de ejercer su derecho de visita, puede pretender un régimen provisional.

Si bien la norma no lo prescribe, se entiende que la concesión de dicho régimen se sujeta a los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo en el caso en el que está en discusión algún derecho de un infante.

5.6.4. Suspensión provisional del tutor

Otra medida temporal sobre el fondo que puede pretenderse en el desarrollo de un proceso de familia es la suspensión provisional del tutor (Avalos, 2021), la misma que puede ser a pedido de parte, pero incluso concretada de oficio, en el desarrollo de un proceso de remoción y designación de tutor.

Si la medida es solicitada por las partes (los cuales pueden ser los padres que no ejerzan la patria potestad, demás familiares, el representante del Ministerio Público, terceros con interés e inclusive el adolescente tutelado), se entiende que estas tendrán que cumplir con los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo (necesidad impostergable de quien lo pide y la firmeza de la demanda, prueba aportada e interés superior del niño), mientras que si es de oficio, pese a ser una manifestación de anticipación de tutela definitiva, el ordenamiento jurídico, en específico el artículo 555 del Código Civil, ha establecido que podrá concretarse con haberse advertido únicamente el peligro en la demora.

En este último caso, el juez, además, tendría que designar a un tutor provisional mientras dure el desarrollo de remoción de tutela, cuyo cargo podrá convertirse en definitivo si la demanda del proceso principal es declarada fundada.

5.6.5. Filiación judicial de paternidad extramatrimonial

Considero que no es posible establecer una filiación anticipada, toda vez que una incorrecta concesión de la misma puede generar graves consecuencias tanto a la parte demandada del proceso principal, como también, pero con mayor incidencia, al hijo menor de edad, quien considerará tener una relación afectiva con alguien que biológicamente no es su padre.

Aunado a ello, la prueba determinante para este tipo de pretensiones es la prueba de ADN, la misma que, una vez practicada, no generará únicamente cuasi certeza del derecho discutido, sino certeza plena, por lo que resultaría ilógico que se conceda una filiación provisional si ya practicada la prueba se puede disponer la filiación definitiva.

Ahora bien, pese a lo anterior, esto no imposibilita que se puedan conceder medidas temporales sobre el fondo dentro del desarrollo de un proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, pues es posible que se peticione y se conceda una pensión de alimentos anticipada, al poder ser acumulada esta pretensión a la principal (Muriche, 2021), tal como se advierte del artículo 1 de la Ley Nro. 30628 (Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial).

5.6.6. Patria potestad

La medida temporal sobre el fondo en este tipo de proceso permitirá la suspensión de las facultades que concede la patria potestad a su titular. Así, es posible que, mientras dure el proceso de suspensión, el juez conceda tal medida, siempre que el peticionante de la misma haya acreditado previamente el cumplimiento de los presupuestos para la concesión de la anticipación de tutela definitiva.

Incluso, considero que de oficio el juez puede suspender ciertas atribuciones que concede la patria potestad, como es el caso de la tenencia o custodia del menor hijo, al establecer el artículo 80 del Código de los Niños y Adolescentes que el juez especializado, en cualquier estado de la causa, puede colocar en poder de algún integrante de la familia o en persona distinta, al menor de edad, siempre que dicha persona cumpla con las condiciones de idoneidad, con conocimiento del Ministerio Público.

5.6.7. Divorcio y separación de cuerpos

Si bien el divorcio y la separación de cuerpos no se refieren de forma directa a los derechos de los infantes, sí lo hacen de forma indirecta, toda vez que, por ley, a estos procesos se les debe de acumular, en el caso que existan hijos menores de edad, las pretensiones referidas a la suspensión o pérdida de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos.

Así, todas estas pretensiones principales acumuladas se regirán por sus propios dispositivos legales especiales, lo cual también abarca a las medidas temporales sobre el fondo, por lo que resulta replicable los comentarios previamente desarrollados por cada uno de ellos.

Finalmente, luego de lo explicado, se advierte con claridad que en este contexto litigioso familiar, las medidas temporales sobre el fondo asumen características especiales, por lo que resulta necesario que también esté sujeto su trámite a un proceso diferenciado, que la distingan del clásico proceso cautelar.

SUB CAPÍTULO VI
LA REGLA DEL CONTRADICTORIO PREVIO EN LA TRAMITACIÓN
DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO VINCULADAS A
DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD

Respecto al contradictorio y el trámite de las medidas temporales sobre el fondo, sean estas consideradas como manifestación de la tutela cautelar o de la tutela anticipada, en la doctrina se ha explicado que los ordenamientos jurídicos pueden adoptar diversos modelos.

Así Calderón (citado por Lujan, 2018) sostiene:

Al respecto, las posibilidades son múltiples. Todos las conocemos. Así, entre la concesión de una medida cautelar inaudita parte o previa audiencia, ambas con carácter preceptivo, existe una zona intermedia que va desde admitir la doble posibilidad en todo caso, a hacerla depender de la voluntad del litigante o del órgano jurisdiccional y ello con independencia de las variadas formas que pueda revestir uno y otro sistema y sobre todo de la exigencia o no de específicos requisitos para el reciente ordenamiento procesal civil español. (p.74)

Del mismo modo opina Ortells (citado por Alfaro, 2010), para quien existirían cuatro modelos: i) contradicción previa a la adopción de la resolución judicial (por lo que el posible afectado podrá alegar y ofrecer pruebas antes que se dicte o rechace la medida); ii) contradicción diferida y perceptiva (se adopta y ejecuta la medida sin audiencia previa del afectado, pasando para después la revisión de los presupuestos, pese a que no lo haya solicitado este último sujeto procesal); iii) contradicción diferida y a instancia del afectado de la medida (la medida se adopta y ejecuta sin defensa previa del afectado, pero después tiene la posibilidad de poder

formular una oposición, con el fin de que el propio juez que emitió la decisión reconsidere su fallo, con los nuevos datos y pruebas que le presente el opositor), y iv) contradicción diferida a iniciativa del demandado (efectuado mediante recursos impugnatorios formulados contra la resolución que concedió la medida).

De esta manera, a continuación se procedió a explicar el trámite para la concesión de la medida temporal sobre el fondo en el derecho comparado, para luego realizar el respectivo análisis del ordenamiento procesal de familia peruano.

6.1. En el derecho comparado

6.1.1. España

Por mucho años en España se consideró que la tramitación de las medidas cautelares (teniendo presente que en dicho país también se considera que estas tienen fin satisfactivo, además del asegurativo) se caracterizaban porque no se escuchaba a la contraparte, sino recién después de que haya sido concedida y ejecutada la medida, pues se partía del entendido que en aras de la urgencia, se justificaba dicho modelo (Chamorro, 1994).

Así Picó (2012) sostenía que las medidas cautelares pueden adoptarse sin audiencia previa del afectado, pues de lo contrario se podría perjudicar en muchos casos la efectividad de la misma, y por ende siempre generaría un retraso en detrimento de la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva.

De este modo, se explicaba que la regla *inaudita altera parte* no afectaba el derecho de defensa del afectado (Chamorro, 1994), toda vez que no es que no se escuche a dicho sujeto procesal, sino que la posibilidad de que ejerza su defensa

se trasladaría a otro momento, esto es, después de que se concedió y ejecutó la medida.

Sin embargo, esta situación cambió con la entrada en vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, toda vez que el legislador optó por privilegiar el derecho de defensa del demandado, imponiendo la celebración de la audiencia, aunque permitiendo que se desarrolle posteriormente si el peticionante demostraba que existían razones de urgencia o que el accionar del demandado podía comprometer el buen fin de la medida cautelar (Nieva, 2015).

En efecto, bajo la consigna que el contradictorio se constituye como un derecho fundamental procesal de todo ciudadano, el Estado no podía crear un trámite procesal que partía afectando dicho derecho, por lo que ahora en España la regla es que la concesión y ejecución de las medidas cautelares es con contradictorio previo, y la excepción, debidamente acreditada, es sin dicho contradictorio, pasando a ser diferida la posibilidad de defensa del afectado con la medida, tal como se advierte del artículo 733.1 del citado cuerpo de leyes.

Así, en el vigente ordenamiento procesal civil español, el artículo 734 establece que la audiencia con el demandado es convocada a través de diligencia del secretario judicial, la cual debe ser fijada dentro de los diez días siguientes de formulada la citación. En el desarrollo de este acto procesal, podrán asistir ambas partes, siendo que el debate se centrará esencialmente en los presupuestos para la concesión de la medida y las pruebas admitidas serán aquellas pertinentes y útiles que puedan ser practicadas en la misma audiencia.

Finalizada la audiencia, el juez tendrá el plazo de cinco días para decidir si corresponde conceder o no la medida peticionada. En caso decida por lo primero,

tendrá que precisar su contenido, forma, cuantía y tiempo en el que se debe prestar la caución, incluso debe pronunciarse sobre el condena de costas. Contra esta resolución judicial, cabe recurso de apelación, el mismo que podrá ser concedido solo sin efecto suspensivo.

Ahora, en el caso de la excepción (contradictorio diferido), esta se decidirá si es que el peticionante demuestra que la necesidad de tutela de su derecho debe ser asegurado de forma inmediata, pues de lo contrario sufriría un daño irreparable, o que el demandado efectuará acciones para que resulte siendo ineficaz la tutela cautelar (Montero, Gómez, Barona y Calderón, 2003), tal como se aprecia del artículo 733 del mencionado cuerpo de leyes.

En este sentido, el afectado tendrá derecho a formular su oposición contra la resolución que concedió la medida, dentro del plazo de veinte días de notificada, lo cual generará que también se fije una audiencia ante el tribunal a fin de dilucidar el pedido.

La oposición podrá fundarse, con un criterio de razonabilidad, a todos aquellos hechos y razones que se opongan a su improcedencia, requisitos, tipo, alcances y demás elementos que rodearon a la concesión de la medida acordada, tal como prescribe el artículo 740 del citado cuerpo normativo.

El referido trámite, con sus reglas y excepciones, se aplica tanto para pretensiones de naturaleza patrimonial, como también para aquellas no patrimoniales vinculadas al Derecho de Familia, como es el caso de la filiación, guarda, custodia y alimentos, tal como se puede apreciar del artículo 768 del citado cuerpo de leyes.

Finalmente, es preciso mencionar que no todos están de acuerdo con esta nueva regulación, siendo que incluso se ha sostenido que no es posible concebir un

trámite cautelar en donde además de la contradicción fijada como regla, se inserten plazos de actuación absolutamente contradictorios a la urgencia en la ejecución de la medida, lo cual vendría a ser el elemento identificador de la actividad cautelar (Monroy, 2010).

6.1.2. Italia

En Italia, los primeros trabajos que sistematizaban la teoría cautelar (Calamandrei, 1996), no se centraron en su trámite ni si debían ser concedidos con contradictorio previo o diferido, toda vez que el mismo se dejaba sentado a la luz de lo que establecía el legislador, quien para ese entonces instituyó que la concesión de las medidas se realizaban esencialmente bajo el apotegma latino del *iura novit curia*, toda vez que las exigencias de celeridad y urgencia de dicho proceso así lo demandaban (Micheli, 1970).

Sin embargo, dicha situación varió al entrar en vigencia la reforma del artículo 111 de la Constitución Italiana de 1947, en donde el derecho al contradictorio asumió un reconocimiento constitucional explícito, por lo que de ser una construcción jurisprudencial, pasó a ser reconocido como un derecho fundamental procesal. De tal modo que se empezó a exigir la presencia del referido derecho durante todo el desarrollo del proceso (Proto, 2018; Cipriani, 2005).

Así, teniendo como base lo anteriormente dicho, es que en el *Codice di Procedura Civile*, a partir de la reforma de 1990, se reguló un nuevo trámite, el cual se caracteriza porque la regla es el contradictorio previo, y la excepción el contradictorio diferido.

De este modo, el artículo 669-sexies establece que el juez, luego de escuchar a la partes y omitiendo cualquier formalidad no esencial al contradictorio, procederá

de la forma que considere más oportuno a cara de los actos de instrucción indispensables en relación con los presupuestos y a los fines de la medida solicitada, resolviendo con ordenanza la estimación o desestimación de la demanda.

En cambio, si el contradictorio es diferido, el peticionante de la medida debe acreditar que se presenta la infructuosidad que se podría dar respecto a la eficacia de la medida si es que se da a la contraparte procesal la oportunidad de ser oído (Proto, 2018), lo cual implica que el juez evalúe esto con una motivación distinta a la que estará destinada para la evaluación del cumplimiento de los presupuestos y requisitos para la concesión de la medida cautelar (Alfaro, 2014).

En este último caso, concedida la medida mediante decreto, la audiencia de comparecimiento de las partes deberá ser fijada dentro de un plazo no superior de quince días luego a la asignación de un plazo no mayor de ocho días para la notificación de la apelación y del decreto. En esta audiencia, el juez procederá a confirmar, modificar o revocar las resoluciones que fueron emitidas mediante decreto.

6.1.3. Brasil

A fin de entender la normativa vigente, es preciso mencionar que en el ordenamiento jurídico brasileño la tutela anticipada y la tutela cautelar han sido reguladas bajo una misma especie denominada tutela de urgencia, la cual forma parte, conjuntamente con la tutela de evidencia, del género denominado tutela provisional, siendo sometidos de este modo a un mismo procedimiento, requisito y presupuestos. Esto se advierte con claridad del Nuevo Código del Proceso Civil del 2015, artículos 300 y siguientes.

Asimismo, la tutela anticipada puede ser peticionada antes de iniciarse con el proceso principal o luego de haberse iniciado este.

Ahora bien, en cuanto a la tramitación de los pedidos de tutela anticipada, tenemos que pese a que el derecho al contradictorio ha sido considerado por la normativa procesal brasileña como un derecho fundamental procesal cuya vigencia debe ser asegurada en todo tipo de proceso y frente a cualquier decisión, sea esta de oficio o no, el legislador ha considerado relativizarlo si es que se presenta un caso de urgencia o de evidencia, tal como prescribe el artículo 9 del citado cuerpo de leyes, por lo que es posible la concesión de la referida tutela sin que sea oído previamente al que será afectado con la medida.

Criterio normativo que ya encontraba eco en la doctrina (Mitidiero, 2013), al referirse que el derecho al contradictorio puede ser tanto previo, diferido o eventual, por lo que si bien la regla es que sea previo, nada obsta para que sea diferido cuando se pretendiese una anticipación de tutela.

Así se sostuvo que podía ser postergado cuando se presentasen dos situaciones:

- i) cuando la audición de la parte contraria sea capaz de colocar en riesgo la posibilidad de obtención de tutela específica del derecho (...), y ii) cuando la audición de la parte contraria sea capaz de colocar en riesgo la eficacia de la anticipación de tutela. (Mitidiero, 2013, p. 106)

6.1.4. Argentina

En Argentina tenemos posiciones que defiende que el contradictorio siempre esté presente antes que el juez adopte una decisión, incluso si la misma se refiere a las medidas que anticiparán los efectos de la sentencia. Esta es la posición de Alvarado (2014), para quien la audiencia previa en nada interfiere en la eficacia

de la tutela anticipada, siendo que, por el contrario, si tal audiencia se desarrolla de forma posterior, se lesionaría de forma irremediable la bilateralidad que caracteriza a todo proceso.

En este sentido, el citado autor explica que no caben excepciones a la audiencia previa sustentada en la urgencia impostergable del peticionante, pues ¿cuándo se presentaría tal urgencia?, realmente nunca. Asimismo, se pregunta si puede hablarse de mayor grado de verosimilitud para la concesión de la medida sin escuchar previamente al demandado, respondiendo que no.

Por otro lado, existe otra posición que también considera que el trámite de la concesión de la anticipación de la tutela debe efectuarse con contradictorio previo, tal como explica Berizonce (1999) y Bacre (citado por Veramendi, 2016b), pero dejando abierta la posibilidad de que no se efectúe dicha audiencia si es que la urgencia del derecho que se busca satisfacer de forma anticipada así lo demande.

6.2. En el ordenamiento jurídico peruano

6.2.1. Doctrina

En la doctrina nacional se pueden distinguir claramente tres posiciones respecto al contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo, a la luz de lo que regula el Código Procesal Civil peruano.

En relación a los que sostienen que el contradictorio siempre tiene que ser posterior, como es el caso de Lujan (2018), Guerra (2006), Bustamante (2015), Monroy (2010), Monroy (2002) y Ledesma (2015), se tiene que asumen tal criterio argumentando esencialmente que el derecho al contradictorio no se ha lesionado, sino que únicamente su ejercicio ha sido postergado, a la etapa en la que ya se

ejecutó la medida cautelar concedida. Así, el contradictorio previo, desde su perspectiva, beneficia a la efectividad de la medida (previniendo posibles afectaciones futuras) y guarda correspondencia con su característica de urgencia, encontrando en esta su justificación. Asimismo, refieren que la contracautela funciona como el equilibrio a este modelo de tramitación.

En el segundo grupo se encuentran, con un enfoque general, Ariano (2014), Cavani (2013), Alfaro (2014; 2011), Cotrina (2017) y Priori (2006), quienes sostienen que la actual regulación sobre medidas cautelares (que por extensión también se aplica a las medidas temporales sobre el fondo) resulta ser inconstitucional, al instaurarse como regla el aforismo *inaudita altera parte*, ya que no puede existir ningún proceso ni tampoco algún tipo de tutela que se jacte de proteger el debido proceso, si es que no se desarrolla oyendo previamente a ambas partes procesales.

En la misma orientación, pero con un enfoque mucho más específico respecto a las medidas temporales sobre el fondo vinculadas a derechos de la infancia, se encuentran las posiciones de La Serna (2021), Florián (2020), Celis (2021) y Veramendi (2016b), siendo que los dos primeros refieren que el contradictorio debe ser previo, salvo que la urgencia de la obtención de la anticipación de tutela o el peligro de infructuosidad exija que dicho contradictorio sea luego de la ejecución de la medida, mientras que el tercero explica que la excepción depende de la edad del menor de edad involucrado en el litigio, como es el caso de la tenencia provisional, tal como lo regula el Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo, sostiene:

A diferencia del común de las medidas cautelares en las cuales un carácter esenciales que se declaren *inaudita parte*, en la adopción de medidas cautelares al interior de los procesos de familia es frecuente advertir que, antes del dictado de la decisión cautelar, el juez escuche a la parte demandada e, inclusive, previa la información proporcionada por profesionales de la materia, todo ello a fin de cautelar una adecuada decisión. (Celis, 2021, pp. 175-176)

En cambio, el cuarto autor explica que la regla debe ser el trámite con contradictorio previo; sin embargo, el mismo puede ser diferido, en casos excepcionales si así lo considera el juez, debiendo adoptar dicha decisión de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Veramendi, 2016b). Finalmente, se advierte una tercera posición, defendida por Sumaria (2017), quien sostiene que la tutela anticipada se brindará sea con contradictorio previo o diferido, siendo lo importante que se efectúe en un solo momento, en un suceso continuo, único y de forma inmediata.

6.2.2. Normativa

Tal como se ha señalado, en el Código Procesal Civil la regla *inaudita altera pars* ha sido instituida para el trámite de todas las medidas cautelares que regula este cuerpo de leyes (Florian, 2016), trámite que también rige para la medida temporal sobre el fondo, sea que se refiera a derechos personales familiares o no.

Así se tiene el artículo 637 del acotado cuerpo de leyes, el cual prescribe que la demanda cautelar es concedida o denegada sin que tenga conocimiento la parte afectada, en atención a los fundamentos de hecho y derecho y la prueba aportada

con la demanda. Asimismo, refiere que una vez dictada la medida, la parte afectada se encuentra facultada a formular oposición dentro del plazo de 5 días, contados desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda cuestionar esta última frente al mismo juez que la emitió, por lo que los cuestionamientos deben estar referidos a un vicio de nulidad, o una incorrecta evaluación de forma y de fondo de los requisitos y presupuestos de concesión de la medida.

Ahora bien, es preciso mencionar que el referido dispositivo legal ha sido evaluado a fin de sufrir un cambio normativo sustancial. Es así que el proyecto de la Ley 29384 buscó que en ciertos procesos la regla sea la del contradictorio previo, como es el caso de aquellos vinculados al Derecho de Familia (Florián, 2020).

SUB CAPÍTULO VII
EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD Y EL
DERECHO AL CONTRADICTORIO EN SU SENTIDO FUERTE COMO
JUSTIFICADORES DEL CONTRADICTORIO PREVIO COMO REGLA
EN LA TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL
FONDO

7.1. Premisa

A diferencia de lo que ocurre con las pretensiones patrimoniales civiles, que se caracterizan por tener debidamente identificadas a dos partes procesales que se encuentran en posiciones antagónicas entre sí; en los procesos de familia, en los que están involucrados menores de edad, dicho esquema no se reproduce en iguales términos, toda vez que no solo están en juego dos intereses (de la parte demandante y de quien funge como demandado), sino tres, siendo el tercero el del menor de edad, el mismo que asume una tutela privilegiada, tanto por parte de los mismos sujetos procesales, el juez e inclusive la sociedad y el Estado en general.

Lo anterior justifica que los procesos de familia posean rasgos distintivos, ya sea desde la forma en la que interviene el juez, las facultades de las partes y, en especial, las reglas que rigen la tramitación de los diversos procesos, sean estos principales o no, como es el caso del que se genera a fin de tramitar el pedido de concesión de una medida temporal sobre el fondo.

Así, aplicar la norma prevista en el artículo 637 del Código Procesal Civil, en lo referente al contradictorio diferido, como única regla, terminará siendo contraproducente en diversos casos, toda vez que la lógica en la que se elaboró tal dispositivo legal no se basó en las especiales características del proceso de familia en las que está involucrado el derecho de un infante, sino que fue pensado bajo la

lógica en las que las partes actúan en igualdad formal de condiciones frente a pretensiones civiles de contenido patrimonial.

En este sentido, no se puede comparar la afectación que sufre el demandado en un proceso civil patrimonial por una medida cautelar concedida y ejecutada de forma incorrecta, con la que padecen los menores de edad por una incorrecta concesión de una medida temporal sobre el fondo dentro de un proceso de familia, toda vez que en muchas ocasiones el daño que se les ocasionará resultará ser irreparable, con afectación no solo inmediata, sino también a largo plazo.

Así, una incorrecta concesión y ejecución de un régimen de visitas provisional, tenencia provisional, suspensión o pérdida de patria potestad provisional, entre otras manifestaciones de la anticipación de la tutela de fondo, puede incluso ocasionar una lesión al derecho a la integridad integral del menor de edad, así como a sus derechos a la vida, al interés superior del niño y a la dignidad humana, entre otros.

Lo anterior determina que no baste la mero verosimilitud del derecho para conceder la medida peticionada, sino que se requiera de un grado de cognición mayor del derecho material que se busca tutelar, tanto de quien peticiona la medida, como del infante que resultará también afectado con la anticipación de la tutela.

Por ello, con mucho criterio, se ha sostenido que la gravedad del litigio en la dimensión del derecho material, también constituye un relevante parámetro para la graduación del nivel de exigencia probatoria que se requiere para la formación de la convicción judicial en el desarrollo de la anticipación de tutela (Mitidiero, 2018).

Y es que no todos los conflictos poseen la misma importancia social, siendo que los vinculados a pretensiones familiares, en especial si hay menores de edad, son

socialmente más relevantes que otros litigios que se refieren exclusivamente sobre patrimonios.

Ahora bien, ¿cómo el juez de familia puede evitar que se produzcan dichos daños irreparables a los infantes por una incorrecta concesión o ejecución de una medida temporal sobre el fondo?, pues con la participación de los menores de edad, de la parte demandada y de otros sujetos involucrados en el litigio familiar antes que sea concedida y ejecutada la mencionada medida.

No obstante, es preciso señalar que no siempre se podrá concretar el contradictorio previo, pues habrá situaciones específicas que determinen su ejercicio posterior, como es el caso de la urgencia en la obtención de la anticipación de tutela y el peligro de infructuosidad de la eficacia de la medida, analizados tanto desde la perspectiva del peticionante de la medida, como del infante involucrado en el litigio.

7.2. Regla: contradictorio previo

Antes que el juez de familia adopte una decisión que recaerá en los infantes, sea que la misma se dé en el desarrollo de un proceso principal o en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo, debe de contar con la mayor cantidad de información que le sea posible conseguir, teniendo en cuenta en qué momento procesal se encuentra, ya que no es lo mismo que la misma esté contenida en una sentencia, que en un auto emitido en el intermedio del desarrollo de primera instancia.

De este modo, el derecho al contradictorio constituye una garantía procesal que resulta esencial para cumplir tal objetivo, por lo que, en principio, no debe ser

limitado (salvo supuestos excepcionales legales, debidamente acreditados). Así, la decisión que adopte el juez de familia será habiendo escuchado a ambas partes procesales, a los menores de edad (atendiendo a su edad) involucrados en el litigio y a los terceros que coadyuven a adoptar la respectiva decisión (familiares o integrantes del equipo multidisciplinario, por ejemplo).

Asimismo, el derecho del interés superior del niño, en su manifestación de norma de procedimiento, también exigirá que el juez de familia disponga, como regla, el contradictorio previo, debido a que solo podrá avizorar las consecuencias de su decisión en el futuro si es que poseía la información suficiente y relevante al momento en el que la adoptó.

Ahora bien, si la regla en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo es el contradictorio previo, ¿cómo se concretaría ello? Considero que tendría que efectuarse a través de una audiencia única, la cual se programará luego de presentada la demanda en la que se requiera la concesión de la citada medida, en la que deberán ser citados y por ende participar todos aquellos a los que se hizo mención en el segundo párrafo de este sub tema.

Al asistir a la audiencia, se podrá recabar la información a través de la intermediación y la técnica de la oralidad, debiendo las partes procesales centrar el debate en la acreditación o no de los tres presupuestos para conceder la medida temporal sobre el fondo (la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio), lo cual será materia de análisis por parte del juez, quien emitirá su fallo en la misma audiencia o dentro del plazo de tres días hábiles de practicado dicha acto procesal, de forma excepcional.

7.3. Supuestos excepcionales que justifican el contradictorio diferido

Si bien lo ideal es que el juez resuelva el pedido de medida temporal sobre el fondo habiendo concretado el contradictorio previo, habrán situaciones en las que efectuar esta será contraproducente, ya sea tanto por el tiempo que demora su concreción o porque su realización puede implicar que el demandado adopte acciones que impidan que luego se pueda ejecutar la decisión que concedió el citado pedido.

Así, se tienen dos supuestos que se configurarían como excepciones y que por ende, una vez probadas por el peticionante de la medida, justificarían que el contradictorio sea posterior. Las mismas vendrían a ser las siguientes: la urgencia de la concesión de la medida y el peligro de infructuosidad.

Respecto al primero, en este caso, el peticionante de la medida debe acreditar que tanto su derecho material, como el del menor de edad involucrado en el litigio, requiere de la anticipación de la tutela de manera inmediata o en el menor tiempo posible, pues de lo contrario sufrirá una lesión irreparable.

En efecto, aquí se debe probar que no es posible generar el contradictorio previo, pues de lo contrario, cuando se conceda la medida, el derecho material (del peticionante y del infante) que estaba en juego ya habría sufrido un daño irreparable, que al final volvería inoperativa la eficacia que debía generar la decisión que concedió la medida.

Así, por ejemplo, puede darse el caso que el peticionante de una tenencia previsional acredite que el tenedor de hecho viene violentando física o psicológicamente a su hijo, por lo que su pedido de medida temporal sobre el fondo no puede ser tramitado con el contradictorio previo, y con todo el trámite que ello implica, pues de lo contrario, el menor de edad involucrado, por el daño que viene

sufriendo, puede incluso hasta perder la vida o sufrir de una lesión incurable o que deje secuelas gravosas a largo plazo.

El juez, en este contexto, debe evaluar si las pruebas que ofrece el peticionante permiten demostrar la urgencia de la concesión de la medida, debiendo de pronunciarse sobre las mismas en su respectivo fallo, en donde también tendría que materializar su motivación sobre el cumplimiento o no de los tres presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo requerida.

En cuanto a la segunda excepción (peligro de infructuosidad), la misma está relacionada con el comportamiento del demandado; es decir, el peticionante debe de demostrar que si el primero conoce la existencia de la demanda de medida temporal sobre el fondo, realizará acciones que obstaculicen o hagan imposible la ejecución de la resolución que concederá la medida.

Así, puede darse el caso que el demandante requiera de un régimen de relación provisional, pero si la demandada toma conocimiento de este requerimiento, antes de que se conceda la medida, traslade al menor de edad a otra ciudad o a otro país. De este modo, cuando el juez conceda el régimen solicitado, el niño o adolescente estará en otro lugar distinto al del que usualmente vivía, que en muchos casos estará sumamente alejado de la residencia del demandante, haciendo difícil, y en muchas ocasiones imposible, que el régimen concedido se concrete.

Al igual que la otra excepción, el juez debe expresar su motivación sobre su acreditación, así como a de los presupuestos para que sea concedida la medida temporal sobre el fondo peticionada.

III. Marco conceptual

1. Proceso de familia

El proceso de familia es aquel instrumento que brinda el Estado para que quien acuda a él pueda obtener protección adecuada, oportuna y eficaz a sus derechos derivados de las relaciones jurídicas generadas en el seno de la familia y entre los miembros de la familia con terceros. Se caracteriza esencialmente por ser flexible, por tener un juez con un rol tuitivo y por otorgar mayor protección a aquellos sujetos que la ley los considera como grupos vulnerables, como es el caso de los menores de edad, adultos mayores y personas con alguna discapacidad.

2. Medida cautelar

Es aquella manifestación de la tutela cautelar a través de la cual se asegura la futura eficacia de la decisión definitiva del proceso principal, por lo que no tiene una función satisfactiva, a diferencia de la medida temporal sobre el fondo. Según la normativa procesal civil peruana, son tipo de medidas cautelares las de futura ejecución forzada, la anotación de demanda, el secuestro judicial, las de no innovar y las innovativas.

3. Peligro en la demora

Es uno de los presupuestos que debe acreditar el peticionante de una medida cautelar y que debe ser analizado por el juez. Por este, se debe demostrar que la medida cautelar debe ser brindada, pues de lo contrario, el tiempo que dura el proceso hará que cuando se obtenga la sentencia, la misma termine siendo ineficaz.

4. Verosimilitud del derecho

Es el segundo presupuesto que debe acreditar el peticionante de la medida cautelar y que debe analizar el juez. Por este, se tiene que demostrar que existe una alta probabilidad que el derecho reclamado sea realmente reconocido en la decisión definitiva en el proceso principal.

5. Medida temporal sobre el fondo

La medida temporal sobre el fondo es aquel instrumento procesal a través del cual se satisface el derecho material discutido de forma anticipada a la sentencia, esto es, el juez dispone la realización del derecho material luego de transitar por una cognición sumaria o de verosimilitud. Así, no es instrumento de otra tutela, sino que satisface al autor, dándole lo que anheló al proponer la acción. Su eficacia es tal, que prácticamente de manera parcial o total adelanta la tutela que se obtendrá con la decisión final sobre el fondo.

6. Perjuicio irreparable

Es uno de los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo y que por ende debe ser probado por el peticionante de la medida y analizado por el juez. Con su exigencia, lo que se busca es demostrar que si no se otorga la medida pretendida, se causará un daño al peticionante que no podrá ser reparado.

7. Firmeza de la demanda y prueba aportada

Es el segundo presupuesto para la concesión de la medida temporal sobre el fondo y que por ende necesita ser acreditado por el peticionante de la medida y analizada

su existencia por el juez. Con su exigencia, el peticionante debe demostrar que existe más que una mera verosimilitud respecto al derecho que viene reclamando en juicio.

8. Derecho al contradictorio

El derecho al contradictorio es un derecho fundamental procesal que forma parte del contenido del derecho de defensa. Así, su reconocimiento genera que se tenga como premisa que los sujetos procesales, demás intervinientes en el litigio y el juez participen de forma efectiva y real, teniendo cada uno de ellos una influencia decisiva en la adopción de la decisión judicial. En este sentido, una vez provocada la jurisdicción, la garantía del contradictorio excede sus límites y da espacio a que se cumpla un objetivo más grande, que es la participación colaborativa en las decisiones estatales.

9. Interés superior de los menores de edad

El interés superior de los menores de edad es una categoría jurídica que cuenta con una triple dimensión; así, viene a ser una norma procedimental, un derecho subjetivo y un principio. En su primera dimensión, implica que el juez de familia pueda avizorar las consecuencias de su decisión sobre el menor de edad, para lo cual tendrá que contar con la mayor cantidad de información que le sea posible adquirir, esto es, antes que el juez de familia emita cualquier decisión sobre el fondo (sea de forma anticipada o final), debió haber recabado todos los datos relevantes que le han brindado todos aquellos que terminen involucrados en el conflicto familiar.

En la segunda dimensión supone que todo niño, niña o adolescente tiene la situación jurídica subjetiva de ventaja que le brinda un interés prevalente por el cual se le faculta a exigir que se respeten sus derechos fundamentales cuando se adopte cualquier decisión que los afectará o que pueda afectarlos directa o indirectamente.

Finalmente, como principio se instituye como una directriz que debe ser tomada en cuenta por los operados jurídicos al efectuar una interpretación, integración y aplicación de los diversos dispositivos normativos que resulten aplicables en la dilucidación del caso en concreto en el que estén en juego los derechos de los infantes.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

1. Metodología

1.1. Método lógico

1.1.1. Método deductivo: Se utilizó para obtener conclusiones particulares sobre la base del estudio pormenorizado de los elementos generales que serán materia de investigación.

1.2. Métodos jurídicos

1.2.1. Método dogmático: Se empleó para interpretar los aportes de la doctrina, los cuales exponen la naturaleza, el contenido y la evolución histórica del interés superior de los infantes, el derecho al contradictorio y las medidas temporales sobre el fondo.

1.2.2. Método hermenéutico: Se utilizó para interpretar las normas y reglas vinculadas entre sí y que se refieren al derecho al contradictorio, al interés superior de los infantes y a las medidas temporales sobre el fondo.

1.2.3. Método comparativo: Utilizado para contrastar la información que extraída de la normatividad, estudios especializados y jurisprudencia comparada con la doctrina, la jurisprudencia y los dispositivos normativos nacionales concerniente al tema bajo estudio.

1.3. Técnicas de recolección de datos

1.3.1. Análisis bibliográfico: Se empleó para obtener la información doctrinaria y jurisprudencial referida al problema sometido a estudio.

1.3.2. Encuesta: Se empleó para obtener la opinión de los jueces especializados en derecho de familia a fin de reforzar y contrastar la postura teórica adoptada en este trabajo a partir del análisis realizado a las fuentes primarias y secundarias de lo que fue materia de estudio.

1.4. Instrumentos de recolección de datos

1.4.1. Fichas bibliográficas: Empleado con el fin de recabar datos, a fin de optimizar la extracción de la información de las fuentes primarias y secundarias bibliográficas.

1.4.2. Guía de encuesta: Utilizado a fin de expresar las diversas posiciones teóricas asumidas por el investigador respecto a las variables referidas a la medida temporal sobre el fondo vinculados a derechos de los infantes, el derecho al contradictorio y el interés superior del niño.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Debido a que esta investigación, de acuerdo a la técnica de contrastación, es explicativa - dogmática, se tiene que se han efectuado encuestas, pero solo con el fin de reforzar y contrastar las diversas posturas teóricas asumidas por el investigador, por lo que no se ha identificado una población, muestra o unidad de análisis.

Aunado a ello, en este capítulo se efectuó una discusión doctrinaria razonada, como si fuese un debate jurídico amplio, de rigor argumentativo, interpretativo-normativo racional, tal como lo ha autorizado el Reglamento de Grados de la Escuela de Posgrado, aprobado por la Resolución Nro. 163-2020-CD-UPAO, en su página 46.

1. Estudio legislativo

En este acápite se analizó de forma comparativa el ordenamiento jurídico español, italiano, brasileño y el peruano en relación a las variables que fueron sometidas a estudio. Así se obtuvieron los siguientes resultados y discusiones.

1.1. ¿El derecho al contradictorio es considerado como un derecho fundamental procesal?

Tabla 1

España	Italia	Brasil	Perú
Sí, al tener reconocimiento constitucional de forma expresa en la Constitución de 1978.	Sí, al tener reconocimiento constitucional de forma expresa en la Constitución de 1947.	Sí, al tener reconocimiento constitucional de forma expresa en la Constitución de 1988.	Sí, pero forma parte del derecho de defensa, el cual sí tiene reconocimiento constitucional de forma expresa en la Constitución de 1993.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 1

En torno a este punto, se advierte que tanto España (representado por el color azul), Italia (representado con el color verde) como Brasil (representado con el color amarillo) sí han regulado de forma taxativa, en sus respectivas constituciones, el derecho al contradictorio; de este modo, es razonable inferir que es considerado, sin que exista posición razonable contraria, como un derecho fundamental procesal.

En el caso del Estado peruano (representado con el color anaranjado), el derecho al contradictorio no se encuentra regulado de forma taxativa en la Constitución Política del Perú de 1993; sin embargo, los avances de la jurisprudencia constitucional, así como de la doctrina nacional, han considerado que forma parte del contenido del derecho a la defensa, el cual sí encuentra reconocimiento expreso en la Carta Magna.

Discusión de la tabla 1

El hecho que los tres primeros países hayan regulado de forma expresa al derecho al contradictorio en sus respectivas cartas magnas, significa que tienen presente que no puede existir ningún tipo de proceso que no requiera de la participación democrática de ambas partes procesales. Así, tal reconocimiento dejaría de lado todo cuestionamiento que busque desconocer el carácter fundamental del referido derecho.

Aunado a ello, tenemos que su incorporación taxativa evitaría que el legislador cree algún proceso sin contradictorio o que el juez a través de la integración, construya una forma procedimental en donde no se lleve a cabo su ejercicio.

Por su lado, en el caso de Perú, el hecho que el contradictorio no haya sido regulado de forma expresa, genera que el legislador y diversos jueces consideren que no es un derecho fundamental, por lo que podrían adoptar decisiones que terminen dejando de lado la posibilidad de que sea ejercido por la parte demandada o por cualquier otra que puede terminar siendo afectado con la decisión que será emitida en juicio.

Asimismo, el que sea considerado como contenido implícito del derecho de defensa, significa que para poder reconocerlo y tutelarlos, el operador jurídico deberá efectuar una operación hermenéutica, la misma que no siempre será realizada de forma efectiva.

Resulta evidente que la mejor manera de tutelar al estudiado derecho es con su reconocimiento expreso; lo cual será mucho más positivo si ello se concreta en la norma más importante de un determinado ordenamiento jurídico, como es el caso de las constituciones políticas.

1.2. ¿Dentro de qué tipo de tutela ha sido regulada la medida temporal sobre el fondo?

Tabla 2

España	Italia	Brasil	Perú
Se encuentra regulado, en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, dentro del capítulo referido a las medidas cautelares.	Se encuentra regulado, en el <i>Codice di Procedura Civile</i> de 1940, dentro del capítulo referido a las medidas cautelares.	Se encuentra regulado, en el Código Procesal Civil del 2015, dentro del capítulo referido a la tutela anticipatoria.	Se encuentra regulado, en el Código Procesal Civil de 1993, dentro del capítulo referido a medidas cautelares.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 2

En el caso de los países de España (representado por el color azul), Italia (representado por el color verde) y Perú (representado por el color rojo), las medidas temporales sobre el fondo o la función satisfactiva anticipada de las medidas, han sido reguladas como medidas cautelares, por lo que no se ha acogido la distinción teórica entre tutela cautelar y la tutela anticipada.

En cambio, en Brasil (representado por el color amarillo), las medidas de anticipación de tutela (que serían las medidas temporales sobre el fondo, empleando la denominación peruana) no son consideradas como medidas cautelar ni tampoco son reguladas bajo las mismas reglas, sino que forman parte de la denominada tutela de urgencia.

Discusión de la tabla 2

En el caso del primer grupo, resulta claro que la razón por la cual no han efectuado una distinción entre las medidas cautelares y las medidas temporales sobre el fondo, se debe esencialmente porque su normativa ha sufrido una fuerte influencia de los trabajos de los procesalistas clásicos italianos, los cuales se han caracterizado porque no se preocuparon en remarcar la diferencia existente entre la función meramente asegurativa y la satisfactiva anticipada.

En cambio, en el otro grupo, del cual forma parte Brasil, se tiene que sí se remarcó tal diferencia por parte de la academia, la misma que influyó fuertemente en la elaboración de su Código Procesal Civil vigente.

Así, aquellos trabajos que se centraron en señalar que la tutela cautelar y las medidas cautelares solo tenían una función de asegurar, la misma que resultaba

ser totalmente distinta a la de adelantar la satisfacción que se lograría con la decisión definitiva, sirvieron para la actual estructuración normativa en el que dentro de la tutela de urgencia se han regulado por separado la tutela cautelar y la tutela anticipada, así como sus respectivas medidas.

De este modo, el ordenamiento procesal civil brasileño evidencia un avance en relación a los otros tres países, al haber acogido la doctrina moderna que distingue los citados tipos de tutela.

1.3. ¿Cómo regula el derecho al contradictorio en el trámite de la concesión o denegación de la medida temporal sobre el fondo?

Tabla 3

España	Italia	Brasil	Perú
En la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, la regla es el contradictorio previo y la excepción es el contradictorio diferido.	En el <i>Codice di Procedura Civile</i> de 1940, la regla es el contradictorio previo y la excepción es el contradictorio diferido.	En el Código Procesal Civil del 2015, el contradictorio solo puede ser diferido.	En el Código Procesal Civil de 1993, el contradictorio solo puede ser diferido.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 3

En el caso de España (representado con el color azul) e Italia (representado con el color verde), se advierte que el derecho al contradictorio, en la tramitación de una demanda que busca la concesión de una medida temporal sobre el fondo, se ha regulado a fin de que ser ejercido, como regla, de forma previa, y solo excepcionalmente de forma diferida.

En cambio, en Brasil (representado con el color amarillo) y en Perú (representado con color rojo), no existen reglas ni excepciones, siendo que solo se ha previsto el contradictorio diferido cuando se tramita un pedido de anticipación de tutela (en el caso del primero) o de medida temporal sobre el fondo (en el caso del segundo).

Discusión de la tabla 3

En el caso del primer grupo, resulta evidente que el derecho al contradictorio ha asumido una posición privilegiada, tanto es así que incluso en la tramitación de las medidas cautelares con función satisfactiva, se ha previsto su ejercicio previo como regla.

Así, pese a que las referidas medidas se caracterizan por su urgencia, el legislador ha considerado que, en principio, ello no basta para que sean concedidas o rechazadas sin escuchar a la que podría terminar siendo la parte afectada con la concesión de la medida.

Por su lado, los países restantes han preferido darle mayor importancia a la urgencia de la medida temporal sobre el fondo, dejando cerrada la posibilidad de que en alguna oportunidad se pueda escuchar previamente a la que será la parte afectada con la medida que será concedida.

Resulta curioso que Brasil haya regulado de tal forma el trámite de dichas medidas, pues, de acuerdo a su normativa constitucional, el derecho al contradictorio es considerado como un derecho fundamental procesal, al ser regulado de forma expresa en su Constitución.

En el caso de Perú, tal regulación no causa extrañeza, toda vez que no existe un trámite específico aplicable a las medidas temporales sobre el fondo, sino que el que se aplica es el estructurado para las medidas cautelares, las cuales se han elaborado teniendo en cuenta la existencia de pretensiones patrimoniales.

1.4. ¿Cuáles son los criterios de excepción que permiten el contradictorio diferido?

Tabla 4

España	Italia	Brasil	Perú
Son dos: la urgencia en la obtención de la tutela requerida y la infructuosidad de la eficacia de la medida.	Es una: la infructuosidad de la eficacia de la medida.	No regula supuestos de excepción, siempre es <i>inaudita altera parte</i> .	No regula supuestos de excepción, siempre es <i>inaudita altera parte</i> .

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 4

Tanto Brasil (representado de color amarillo) como Perú (representado con el color rojo), no han regulados supuestos de excepción para que se proceda con el contradictorio previo, por lo que siempre las medidas de anticipación de tutela (en el caso del primero) y las medidas temporales sobre el fondo (en el caso del segundo) se tramitan bajo el esquema del *inaudita altera parte*; es decir, sin escuchar previamente a la otra parte.

En cambio, en España (representado con el color azul) sí se han previstos dos excepciones, las que deben ser acreditadas por el peticionante. Estos son la

urgencia en la obtención de la tutela pretendida, así como la infructuosidad de la eficacia de la medida.

Finalmente, en el caso de Italia (representado con el color verde), su Código Procesal Civil solo ha regulado de forma expresa una excepción, la consistente en la infructuosidad de la medida.

Discusión de la tabla 4

En el caso de Brasil y Perú, resulta preocupante, en primer lugar, que el contradictorio previo no haya sido fijado como la regla en la tramitación de las medida de anticipación de tutela o las medidas temporales sobre el fondo, y, en segundo lugar, que no se hayan regulado supuestos excepcionales que permitan que el contradictorio sea diferido.

Con esta regulación, el derecho al contradictorio no tiene plena tutela ni tampoco el interés superior del niño en su dimensión de norma de procedimiento, toda vez que se parte de un incorrecto entendimiento sobre el carácter urgente de las referidas medidas.

Así, sus respectivos legisladores no han tenido en cuenta que no siempre resulta correcto que se adopte la decisión satisfactiva sin escuchar previamente a la otra parte procesal, así como al menor de edad involucrado en el litigio.

Aunado a ello, tampoco han tenido en cuenta que, en cambio, habrían situaciones que sí justifican que el contradictorio sea diferido, pues de lo contrario se pondrá en peligro el buen fin de la medida.

Por su lado, España posee una regulación más amplia respecto a las excepciones al contradictorio previo, al regular dos, las cuales necesitan ser acreditadas por

el peticionante de la medida, quien también debe preocuparse también en probar los requisitos para la concesión de la medida.

El hecho que sea el peticionante de la medida quien pruebe el cumplimiento de cualquiera de las excepciones, significa que el derecho al contradictorio ha sido tomado en serio, al no ser sencillo que sea dejado su ejercicio a un momento después de haber adoptado la decisión de concesión o rechazo de la medida.

Finalmente, en el caso de Italia, su regulación no resulta ser tan amplia como española, pero pese a ello también resulta saludable que haya regulado una excepción, la misma que evitará el ejercicio abusivo del derecho al contradictorio; excepción que también debe ser acreditado por el peticionante de la medida.

2. Estudio jurisprudencial

En este acápite se analizó de forma comparativa la jurisprudencia peruana con la desarrollada por los ordenamientos jurídicos comparados y los órganos jurisdiccionales internacionales en relación a la variable consistente al interés superior del niño. Así se obtuvieron los siguientes resultados y discusiones.

2.1. ¿Cómo define al interés superior del niño?

Tabla 5

Corte Interamericana de Derechos Humanos	Tribunal Constitucional	Corte Suprema de Justicia
El interés superior del niño es entendido como una categoría con una triple dimensión, como principio, derecho subjetivo y norma de procedimiento.	El interés superior del niño es entendido sustancialmente como un principio que rige en las políticas del Estado, la interpretación de los dispositivos legales y en la integración y aplicación de normas.	El interés superior del niño es entendido sustancialmente como un principio que debe ser aplicado por todos los jueces cuando se advierta que la decisión que se adoptará afectará a un infante.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 5

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (representado con el color azul), entiende al interés superior del niño desde su triple dimensión; es decir, desde la óptica de principio, derecho subjetivo y norma de procedimiento.

En cambio, el Tribunal Constitucional peruano (representado con el color amarillo) y la Corte Suprema de Justicia (representado con el color verde), entienden al interés superior del niño esencialmente como un principio orientador, tanto para el legislador, los funcionarios y servidores públicos, así como para el juez.

Discusión de la tabla 5

Es interesante advertir que a nivel internacional, el interés superior del niño ha alcanzado un amplio alcance respecto a su entendimiento. Así, el hecho que no solo sea visto como un principio, sino también como derecho subjetivo, permite que pueda ser exigido su cumplimiento a nivel judicial, tanto por quienes representen a los hijos, como por estos mismos, atendiendo a su capacidad progresiva de ejercicio.

Asimismo, el hecho que también sea tratado como norma de procedimiento, realza su importancia en el desarrollo de un proceso judicial, tanto así que se han establecido criterios y fórmulas para su concreción por parte del juez.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha alcanzado un alto punto de desarrollo en lo que respecta al citado interés.

Por su lado, es saludable que los dos máximo órganos jurisdiccionales peruanos entiendan al interés superior del niño como un principio, debido a que

comprenden que el mismo influye no solo en la adopción de una decisión, sino también en la creación de leyes, políticas públicas e inclusive en la integración de normas.

Sin embargo, es criticable que todavía no consoliden su entendimiento en las otras dos dimensiones, pues su entendimiento, relevancia y aplicación no alcanzará el punto más alto de desarrollo.

2.2. ¿El derecho al contradictorio ha tenido desarrollo jurisprudencial?

Tabla 6

Tribunal Constitucional de España	Tribunal Constitucional de Italia	Tribunal Constitucional de Perú	Corte Suprema de Justicia de Perú
Sí, pasando a ser entendido como una dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, así como el derecho al proceso con las garantías debidas.	Sí, pasando de un sentido débil, a un sentido fuerte; es decir, que es entendido como una oportunidad para que los sujetos procesales puedan coadyuvar con el juez, y este tome en cuenta sus alegaciones y pruebas antes de adoptar una decisión.	Sí, siendo entendido como una dimensión del derecho de defensa y del supra derecho al debido proceso.	Sí, siendo entendido como una dimensión del derecho de defensa y del supra derecho al debido proceso.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 6

Los Tribunales Constitucionales de los países de España (representado con el color azul) e Italia (representado con el color anaranjado) han logrado un avance

significativo respecto al entendimiento del derecho fundamental al contradictorio, pasando de entenderlo desde su sentido débil a su sentido fuerte. En cambio, la Corte Suprema de Justicia peruana (representado por el color verde), así como el Tribunal Constitucional (representado por el color amarillo) del citado país, todavía no comprenden la relevancia del mencionado derecho, pues lo aplican, interpretan y analizan solo como una mera facultad del derecho constitucional de defensa; es decir, sin una autonomía plena.

Discusión de la tabla 6

Que el derecho al contradictorio sea entendido como un derecho fundamental, significa que el Estado que lo entienda así garantiza de forma amplia la democratización del proceso. Así, en dichos países, por regla general, no puede existir decisión judicial que pueda ser adoptada válidamente sin que previamente se haya intentado escuchar a las partes procesales, así como aquellos terceros sobre los que recaerá también los efectos de la decisión.

En estos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España e Italia, el juez también se encuentra en la obligación de expresar en su decisión, la respuesta que ha brindado a los argumentos esbozados por aquellos que ejercieron su derecho al contradictorio.

En cambio, en el caso de Perú, los máximo órganos jurisdiccionales no han comprendido a cabalidad el desarrollo del derecho al contradictorio, limitándolo a una mera facultad del derecho de defensa y que, por ende, puede ser dejado de lado, tanto por el juez, como por el legislador, invocando otros intereses que justifiquen dicho apartamiento.

Así, en este último Estado, el derecho al contradictorio no ha sido comprendido todavía en su sentido fuerte, sino únicamente en su sentido débil, lo cual se advierte incluso en la normativa procesal, en donde es posible emitir decisiones judiciales sin que sea necesario escuchar previamente a la contra parte procesal o a los terceros con legítimo intereses para participar en el proceso. Esto se advierte de la regulación vigente sobre el proceso para la tramitación de medidas cautelares y las medidas temporales sobre el fondo.

3. Estudio doctrinario

En este acápite se analizó de forma comparativa las diversas posiciones doctrinarias en relación a las variables que fueron sometidas a estudio. Así se obtuvieron los siguientes resultados y discusiones.

3.1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del interés superior del niño?

Tabla 7

Es un principio	Es un derecho subjetivo, norma de procedimiento y principio
Cillero (2007) define al interés superior del niño como un principio que deben ser teniendo en cuenta en cualquier decisión que adopte el Estado y que recaerá sobre los derechos de los infantes.	Chávez (2017) define al interés superior del niño desde una triple dimensión, como principio, derecho subjetivo y adicionalmente como norma que rige en el desarrollo de los procesos.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 7

La primera postura, sostenida por Cillero (2007) (representado con el color verde), entiende que el interés superior del niño es únicamente un principio, el

cual sirve como pauta orientativa para la adopción de cualquier decisión que recaerá sobre los infantes.

La segunda posición, asumida por Chávez (2017), entiende al interés superior del niño, no solo como principio orientativo, sino también como norma de procedimiento, así como derecho subjetivo.

Discusión de la tabla 7

De las dos posturas, la más avanzada es la segunda, toda vez que guarda correspondencia con los avances jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por la Observación General Nro. 14 del Comité sobre los Derechos del Niño.

Que el interés superior del niño sea entendido desde su triple dimensión significa que no se limita a ser únicamente un principio que sirve para la creación, interpretación o integración de normas, sino que va mucho más allá, al existir la posibilidad de exigir su cumplimiento por parte de su titular (niño o adolescentes) a través de un juicio (derecho subjetivo), así como su respeto en el desarrollo de todo proceso judicial en donde esté involucrado el derecho de algún infante (norma de procedimiento).

3.2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho al contradictorio?

Tabla 8

Es un derecho subjetivo	Es un derecho fundamental procesal	Es un principio natural
Guerra (2020) define al derecho al contradictorio como un derecho subjetivo,	Alfaro (2014) define al derecho al contradictorio como un derecho fundamental procesal,	Alfaro (2014), citando a Nicola Picardi, sostiene que el contradictorio era entendido como un

como correspondencia del derecho de acción del demandante.	por el cual las partes procesales tienen la oportunidad de actuar planamente y sin restricciones no justificadas, siendo inconstitucional cualquier disposición en contrario. Así, desde su postura, no pueden existir alegaciones, argumentaciones o prueba que puedan escapar del referido derecho.	principio de razón natural, indispensable y elemental de todo proceso.
--	---	--

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 8

Representado con el color verde, se encuentra la posición de la profesora Guerra (2020), quien comprende al derecho de contradicción como un derecho subjetivo, que vendría a ser la contrapartida del derecho de acción del demandante.

Por su lado, representado con el color amarillo, se ubica la posición de Alfaro (2014), para quien el derecho al contradictorio es un derecho fundamental que implica que las partes procesales tengan la oportunidad de actuar planamente y sin restricciones no justificadas a fin de defender su posición en el desarrollo de un proceso; asimismo, este derecho también recaería en aquellos terceros que consideran que su interés terminará siendo lesionado con la decisión que adoptará el juez en juicio.

Finalmente, representado con color azul, se encuentra la posición expresada por Alfaro (2014), elaborada a partir de lo que opina Picardi, en la cual se sostiene

que el contradictorio no serán tanto un derecho, sino un principio natural de todo proceso judicial.

Discusión de la tabla 8

Considero que de las tres posturas, la correcta, a la luz de la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, es la segunda, toda vez que remarca la importancia del derecho al contradictorio para el desarrollo de todo proceso, pero también que este sigue siendo una situación jurídica subjetiva de ventaja que no solo recae en el demandado, sino en todo aquel que tenga un interés que considere que se lesionará con la decisión que adoptará el juez a propósito de la existencia de un proceso judicial.

Así, no resulta suficiente entender al citado derecho solo como un principio iusnatural o como la contracara del derecho de acción, pues si es así, pasará a ser visto desde su sentido débil y por ende no se guardará correspondencia con los avances doctrinarias, jurisprudenciales y normativos de los últimos años.

3.3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas temporales sobre el fondo?

Tabla 9

Es una manifestación de la tutela cautelar	Es una medida híbrida, siendo manifestación de la tutela cautelar, así como de la tutela autosatisfactiva	Es una manifestación de la tutela anticipada
Guerra (2016), La Serna (2021) y Monroy (2010), sostienen esencialmente que la medida temporal sobre el fondo sería una manifestación de la tutela cautelar porque su trámite es <i>inaudita altera parte</i> y sus efectos son	Ruiz y Mayor (2021), sostienen que las medidas temporales sobre el fondo son una institución jurídica procesal híbrida, toda vez que posee características de las medidas cautelares, como es el de la instrumentalidad, pero el	Martel (2014) y Veramendi (2016a) refieren que la medida temporal sobre el fondo vendría a ser una manifestación de la tutela anticipada, pues a través de ella se anticipa la tutela, esto es, se atiende de forma integral o parcial la misma

coincidentes desde el aspecto práctico con la futura sentencia a emitirse, siendo que no sería una manifestación de la tutela anticipada porque la tutela cautelar también cumpliría la función satisfactiva.	ordenamiento jurídico peruano exige presupuestos que más bien corresponde a las medidas autosatisfactivas.	materia que será o sería objeto de la sentencia final.
---	--	--

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 9

Representado de color verde, se ubica la posición que entiende a las medidas temporales sobre el fondo, reguladas en el Código Procesal Civil peruano vigente, como una manifestación de la tutela cautelar. Esta postura es defendida por Guerra (2016), La Serna (2021) y Monroy (2011).

De color amarillo se representa la posición que comprende a las medidas temporales sobre el fondo como una medida híbrida, en el entendido que tendría algunas características de la tutela cautelar, así como de la tutela autosatisfactiva. Esta posición es defendida por Ruiz y Mayor (2021).

Finalmente, representado con el color azul, se encuentra la posición que entiende a las medidas temporales sobre el fondo como una manifestación de la tutela anticipada. Esta postura es defendida por Martel (2014) y Veramendi (2016a).

Discusión de la tabla 9

Las dos primeras posiciones yerran al no entender a las medidas temporales sobre el fondo como una manifestación de la tutela anticipada. En efecto, en cuanto a la primera, se ha explicado en este trabajo que la tutela cautelar no puede tener un fin satisfactivo, ya que no fue creada para ello, sino que posee

una función estrictamente asegurativa; asimismo, no es posible que se impongan los mismos presupuestos para las medidas que satisfacen anticipadamente el derecho discutido en el proceso, con aquellas medidas que solo aseguran la futura eficacia de la decisión definitiva, toda vez que las consecuencias que acarrea cada una de ellas son totalmente distintas, siendo la de las primeras mucho más gravosas que las derivadas de las segundas.

En el caso de la segunda postura, las medidas temporales sobre el fondo no podrían ser una medida autosatisfactiva, toda vez que poseen un carácter instrumental, al existir siempre y cuando exista un proceso principal en trámite. Así, si este último no existe, no tendría cabida la existencia independiente de una medida temporal sobre el fondo, pues ya no habría tutela definitiva que anticipar.

3.4. ¿Cuáles son los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo vinculados a los derechos de menores de edad?

Tabla 10

Peligro en la demora y verosimilitud del derecho	Necesidad impostergable de quien pide la medida y la firmeza de la demanda y prueba aportada	Necesidad impostergable de quien pide la medida, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del niño
La Serna (2021) y Monroy (2002) consideran que los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo son los mismos que se exigen para la concesión de una medida cautelar, por lo que serían	Veramendi (2016a) y Ledesma (2015) consideran que son esencialmente dos: la necesidad impostergable y la firmeza de la demanda y prueba aportada, lo cual implica un nivel mayor de exigencia, a comparación de los	En este trabajo se ha sostenido que además de los dos clásicos presupuestos para la concesión de una medida temporal sobre el fondo, se debe agregar un tercero, el cual consiste en el interés superior del niño.

esencialmente dos: el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho.

presupuestos para la concesión de una medida cautelar.

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 10

De color verde se representa la postura defendida por La Serna (2021) y Monroy (2002), quienes consideran que los presupuestos para la concesión de la medida temporal sobre el fondo son los mismos que se exigen para las medidas cautelares; es decir, peligro en la demora y verosimilitud del derecho.

Con el color amarillo se representa la posición (Veramendi, 2016a; Ledesma, 2015) que sostiene que los presupuestos para la concesión de una medida temporal sobre el fondo vinculadas a los derechos de la infancia son esencialmente dos: necesidad impostergable y la firmeza de la demanda y aprueba aportada.

En el tercer grupo, representado con el color azul, se encuentra la posición defendida en este trabajo, por el cual, además de los dos clásicos presupuestos para las medidas temporales sobre el fondo, se agrega un tercero, el cual consiste en el interés superior del niño involucrado en el litigio.

Discusión de la tabla 10

Respecto a la primera postura, se considera que este es incorrecta porque parte de un error fundamental, al equiparar las clásicas medidas cautelares con las medidas temporales sobre el fondo, pese a que representan diversos tipos de tutela y poseen diversas funciones, la primera netamente asegurativa, la segunda satisfactiva.

La segunda postura resulta incompleta, pues no se tiene en cuenta que en los procesos de familia en donde están involucrados los derechos de los infantes, no solo existen dos partes con interés respecto a lo que se resolverá, sino tres, siendo que este último, que pertenece al menor de edad involucrado al litigio, resulta ser el que requiere de mayor tutela.

Así, solo la tercera posición es la que resulta correcta, más si se tiene en cuenta que el Código Procesal Civil peruano, cuando regula las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes, prescribe, en su artículo 677, que procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo especialmente al interés de los menor de edad afectados con ella.

Teniendo presente ello, el peticionante no solo se debe de preocupar en acreditar el perjuicio irreparable y la firmeza de su demanda con prueba pertinente, conducente y oportuna, respecto a su interés en que se le conceda la anticipación de la tutela definitiva, sino también que debe ofrecer prueba que determine que el infante cuyo derecho fundamental también está en juego requiera de dicha tutela anticipada.

3.5. ¿Qué supuestos justifican el contradictorio diferido en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo vinculado a derecho de infantes?

Tabla 11

La edad del infante	La urgencia de la concesión de la medida y el peligro de infructuosidad
Celis (2021) sostiene que en las pretensiones que determine la ley (tenencia provisional, por ejemplo),	Siguiendo los avances teóricos y legislativos de los países de España e Italia, se tiene que el contradictorio

<p>la edad del menor de edad involucrado en el litigio será un elemento a tener en cuenta para determinar que el contradictorio sea diferido en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo. Así, si ello no está especificado, la regla es que el contradictorio en este tipo de pedidos siempre sea previo.</p>	<p>diferido, en la tramitación de un pedido de una medida temporal sobre el fondo vinculada a derechos de los infantes, también se justifica en la urgencia de la concesión de la medida y el peligro de infructuosidad.</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia.

Resultados de la tabla 11

Representado con el color verde, se encuentra la postura del profesor y magistrado Celis (2021), para quien la edad del infante involucrado en el litigio justificará que el contradictorio sea diferido en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo, siempre y cuando la ley determine que se emita de forma inmediata la medida.

En cambio, con el color amarillo se representa la postura adoptada en este trabajo, la cual comprende a la urgencia de la concesión de la medida y al peligro de infructuosidad.

Discusión de la tabla 11

La primera postura se encuentra inmersa en la del interés superior del niño que desarrolla la segunda, por lo que no podría ser considerada incorrecta, sino únicamente incompleta, al limitar el supuesto de excepción del contradictorio a la edad del infante involucrado en el litigio.

Por otro lado, el hecho que la urgencia de la concesión de la medida y el peligro de infructuosidad también permitan que excepcionalmente el contradictorio sea diferido, significa que no se cierra la puerta a un solo caso, comprendiendo que en la realidad, se pueden presentar diversas situaciones que harán contraproducente que el contradictorio sea previo.

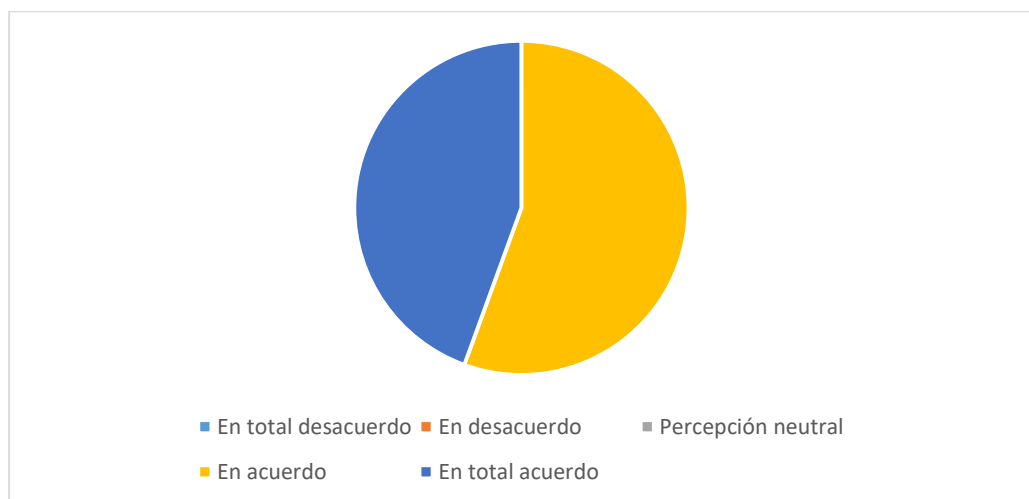
De este modo, si bien la regla es que el referido derecho sea previo, también se debe tener presente que se deben regular excepciones para que el mismo sea ejercido de forma diferida.

4. Encuesta practicada a expertos (jueces de la especialidad de familia)

En este acápite se analizaron los datos obtenidos de los encuestados (nueve jueces de la especialidad de familia), en relación a los elementos que fueron sometidos a estudio. Así se obtuvieron los siguientes resultados y discusiones, de cara a las diversas afirmaciones y posiciones defendidas en este trabajo de investigación.

4.1. El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.

Gráfico 1



Resultados del gráfico 1

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que el derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal, respondieron de forma positiva, siendo que cinco (representado con el color amarillo) estuvieron “en acuerdo” y cuatro (representado con el color azul) “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados estuvo en total desacuerdo, en desacuerdo o con una percepción neutral frente a la antedicha afirmación.

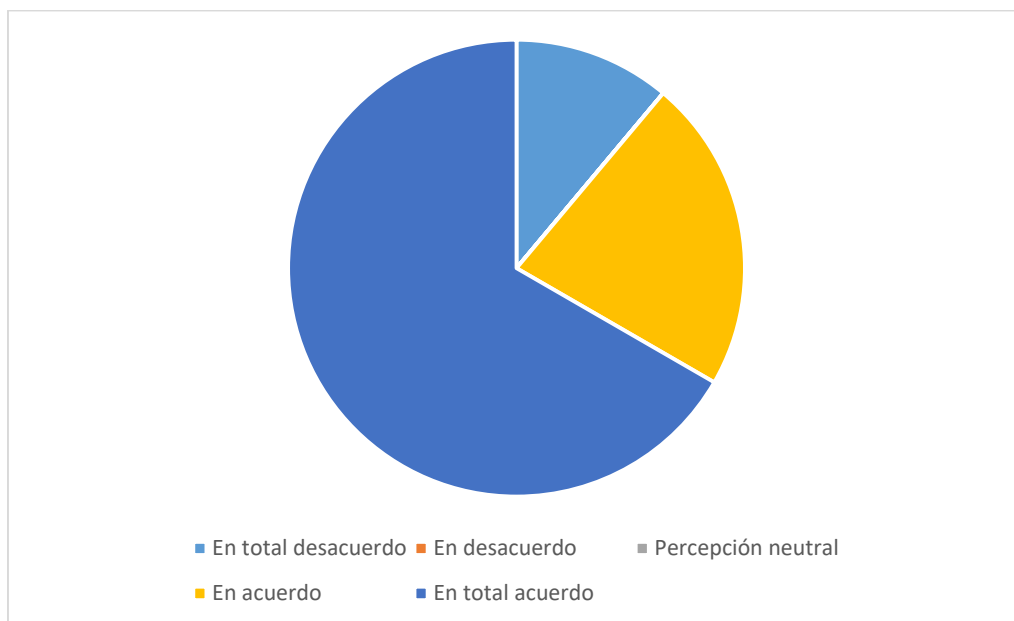
Discusión del gráfico 1

El hecho que la totalidad de los encuestados respondieron positivamente frente a la posición acogida en este trabajo respecto a lo que debe entenderse en la actualidad por el derecho al contradictorio, esto es, como derecho fundamental procesal, demuestra los avances que han tenido en la judicatura el entendimiento de la relevancia de la teoría de los derechos fundamentales, la misma que se encuentra incluso presente en el desarrollo de un proceso.

De este modo, que comprendan que el derecho al contradictorio es uno de naturaleza fundamental, significa que comprenden su relevancia en el desarrollo de todo proceso, así como su función democratizadora frente a las decisiones jurisdiccionales y la vinculación entre el juez y las partes procesales.

4.4.2. El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.

Gráfico 2



Resultados del gráfico 2

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que el derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio, respondieron de forma ambivalente, siendo que uno (representado con el color celeste) estuvo “en total desacuerdo”, dos (representado por el color amarillo) votaron por la opción “en acuerdo” y seis (representado con el color azul) por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 2

Resulta contradictorio que uno de los encuestados, pese a entender al derecho al contradictorio como un derecho fundamental, no considere que permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio; y es que si ambas partes no tienen las mismas oportunidades frente a las diversas actuaciones procesales desplegadas en el transcurso de un juicio, carecería de sentido la existencia del estudiado derecho, pues de lo contrario se podría sostener erróneamente que se es titular de esta situación jurídica de ventaja pero que la misma pueda ser dejada de lado de forma antojadiza o totalmente arbitraria por el juez o por el mismo legislador, en la construcción de los respectivos cuerpos de leyes.

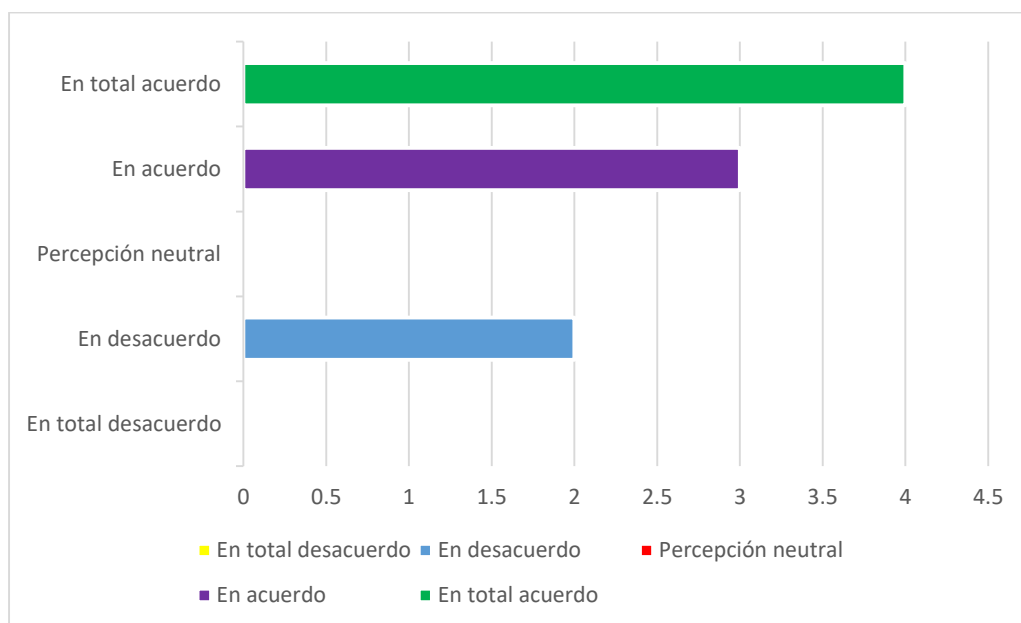
Por el contrario, los ocho restantes encuestados respondieron positivamente frente a nuestra afirmación, con lo cual guardaría coherencia su respuesta con la que brindaron al responder la primera pregunta.

De este modo, casi la totalidad de jueces encuestados comprenden que deben brindar a la parte demandante y a la parte demandada las mismas oportunidades para que ofrezcan pruebas como para que fundamenten de hecho o de derecho sus respectivas pretensiones.

Al brindarles la mismas oportunidades, se permitirá un diálogo constante entre aquellos y las partes procesales, generando con ello que el proceso pase a constituirse en un escenario democrático, en donde la regla sea la no existencia de decisiones “sorpresas” que termine perjudicado de forma irremediable a uno de los sujetos procesales.

4.4.3. El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.

Gráfico 3



Resultados del gráfico 3

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que el derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto, respondieron de forma ambivalente, siendo que dos (representado con el color celeste) estuvieron “en desacuerdo”, tres (representado por el color morado) votaron por la opción “en acuerdo” y cuatro (representado con el color verde) por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en total desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 3

Resulta interesante que siete de los nueve encuestados respondieran positivamente frente a la afirmación asumida en este trabajo sobre la titularidad del derecho al contradictorio, toda vez que han asumido una posición amplia, en el sentido que no se agota su extensión con las partes procesales, sino que también abarca a los terceros, quienes también pueden resultar afectados con el resultado del proceso.

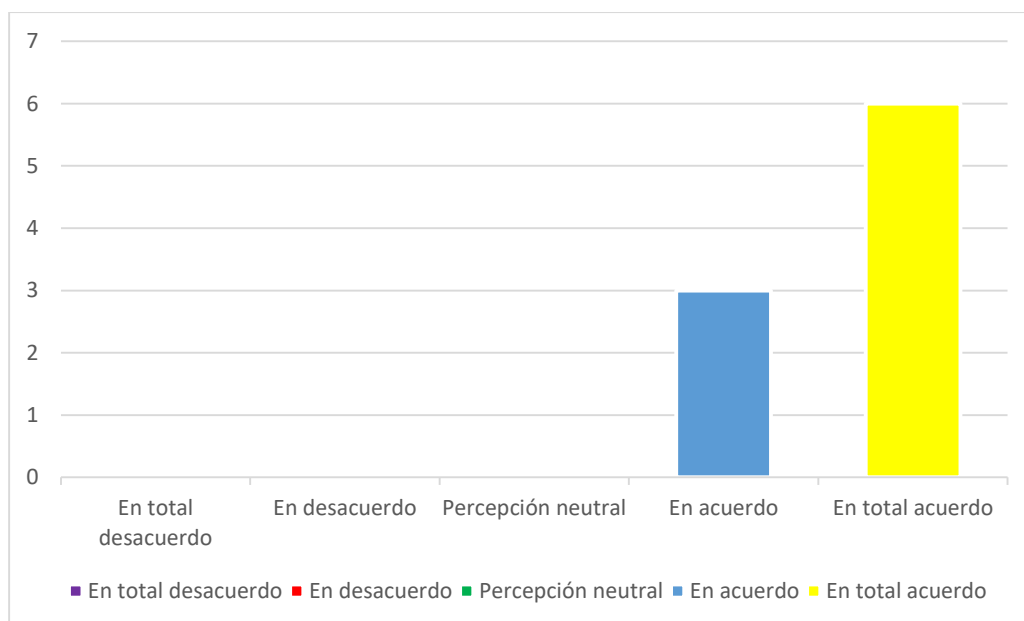
Que se extienda el derecho al contradictorio a los terceros, implicaría, dentro del desarrollo de un proceso de familia, que no solo los litigantes se encuentren posibilitados de alegar y probar de acuerdo a la pretensión que formularon de forma oportuna, sino también todo aquel que pueda aportar información relevante para resolver la *litis*, más si el derecho que está en juego también tiene como titular a un menor de edad.

Si la decisión judicial recaerá en un menor de edad, el juez deber tener la mayor cantidad de información que le sea posible conseguir, toda vez que se debe evitar el error por falta de información y por ende el perjuicio, muchas veces irreparable, que se le puede ocasionar por una incorrecta decisión.

La extensión del derecho al contradictorio no se agota en los procesos principales, sino que también abarcaría a los que se deriven de este, como es el caso del trámite de un pedido de medida temporal sobre el fondo, que se efectúa en “cuaderno separado”.

4.4.4. En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.

Gráfico 4



Resultados del gráfico 4

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que en el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio, respondieron de forma positiva, siendo que tres (representado con el color celeste) estuvieron “en acuerdo” y seis (representado con el color amarillo) votaron por la opción “en total acuerdo”. Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en total desacuerdo”, “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 4

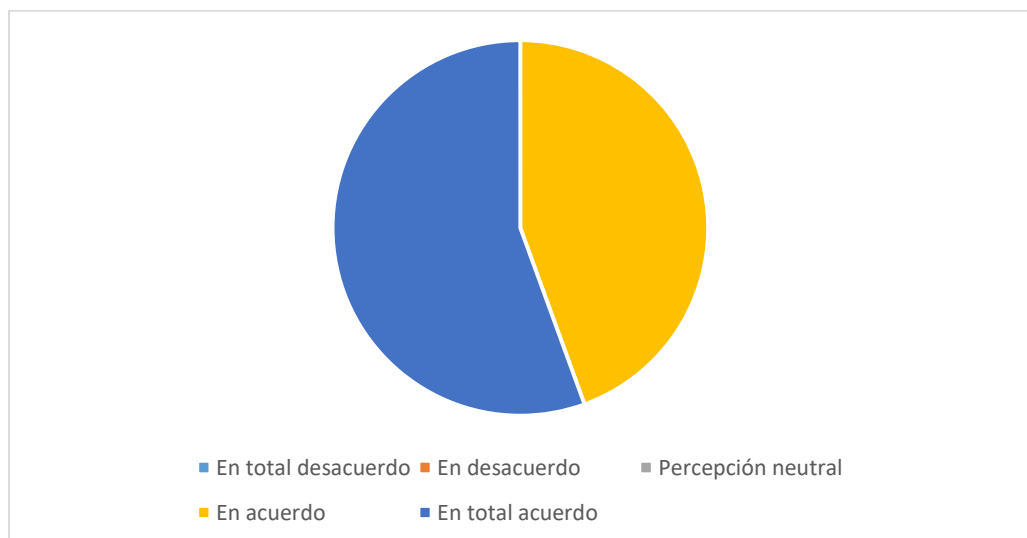
Resulta positivo que todos los encuestados consideren que los intereses de los infantes también se encuentran en juego en disputas legales entre los que poseen legitimidad procesal.

Así, esto refleja que en el desarrollo de la *litis*, los jueces no solo deben velar por dar solución al conflicto intersubjetivo de interés de las partes procesales, sino también por el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado en el resultado del litigio.

Con ello, se refuerza la posición asumida en este trabajo de investigación, en el sentido que el juez también debe centrar su atención en lo que puede ocasionar su decisión judicial sobre los infantes.

4.4.5. Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.

Gráfico 5



Resultados del gráfico 5

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio, respondieron de forma positiva, siendo que cuatro (representado con el color amarillo) estuvieron “en acuerdo” y cinco (representado con el color azul) votaron por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en total desacuerdo”, “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 5

Los resultados guardan correspondencia con la tesis defendida en este trabajo, en el sentido que el juez no solo debe de velar por los intereses de las partes procesales en el desarrollo de un proceso de familia, sino también por una adecuada y oportuna tutela del interés del infante involucrado en el litigio.

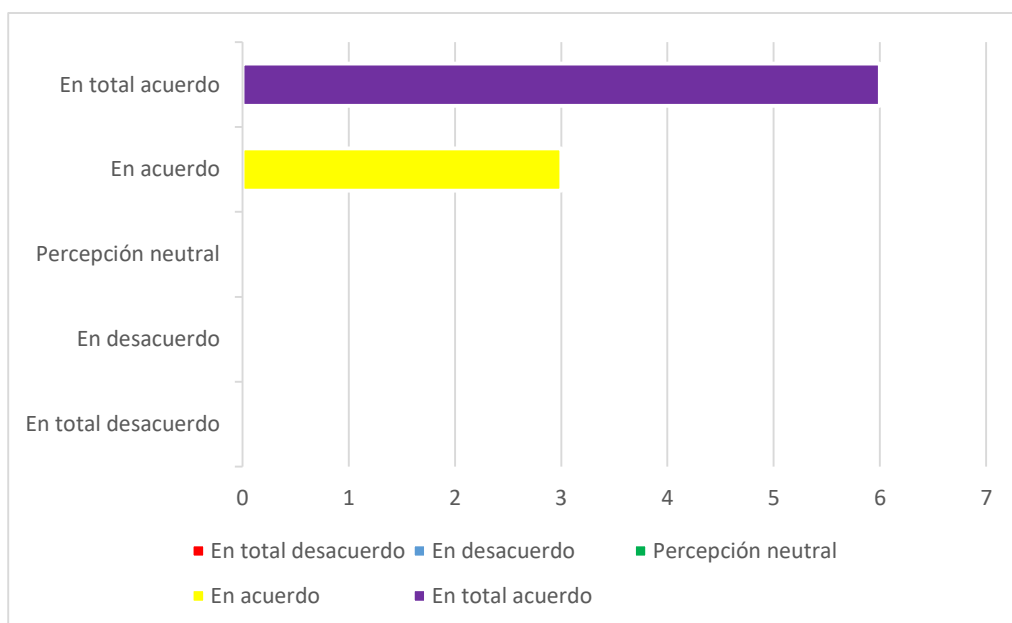
El interés superior del niño involucra esencialmente al juez, quien no solo debe preocuparse por los efectos inmediatos de su decisión sobre el menor de edad, sino también sobre los futuros, y es que el referido interés, en su dimensión de norma de procedimiento, exige realizar dicha labor proyectiva.

Que los jueces encuestados comprendan su función dentro de los procesos de familia, significa que también asumen la triple dimensión del interés superior del niño, esto es, como principio, derecho subjetivo y norma de procedimiento, los cuales son aplicables no solo en los denominados procesos principales, sino

también de aquellos que se desprendan de este, como es el caso del trámite de las medidas temporales sobre el fondo.

4.4.6. Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.

Gráfico 6



Resultados del gráfico 6

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar, respondieron de forma positiva, siendo que tres (representado con el color amarillo) estuvieron “en acuerdo” y seis (representado con el color morado) votaron por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en total desacuerdo”, “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 6

Con los resultados obtenidos, se presenta un correcto entendimiento de la función que cumplen las medidas cautelares, de cara a la evolución que se ha presentado en la doctrina a partir de los aportes especialmente de la doctrina brasileña.

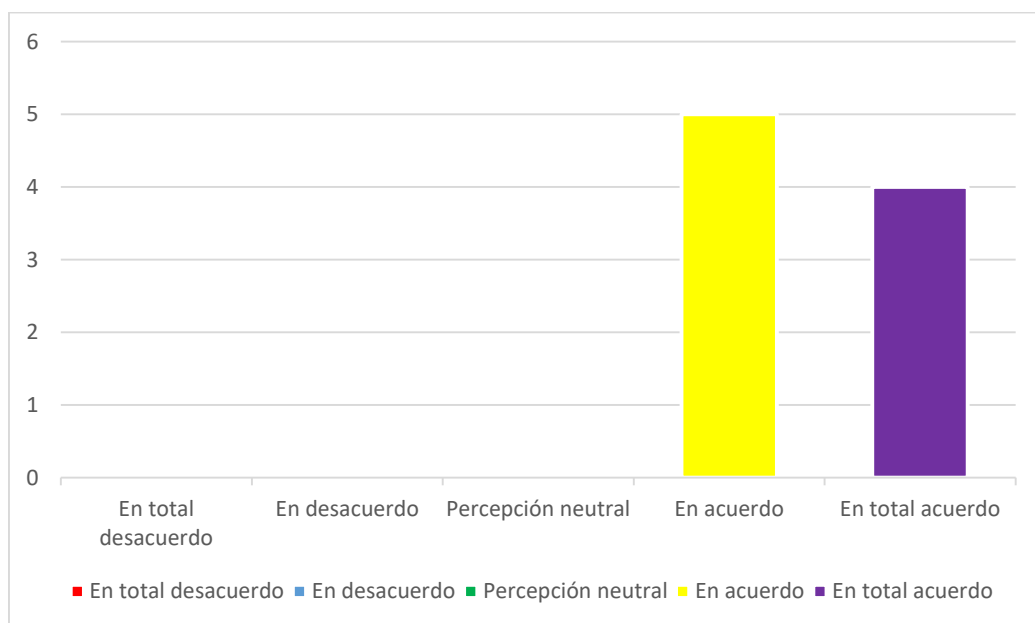
Así, asumir la función asegurativa de las medidas cautelares, implicaría que se acepte que tienen sus especiales presupuestos, requisitos, trámite y supuestos de hecho, los mismos que deben de diferir de otro tipo de medidas que posean una función distinta, como es el caso de las medidas temporales sobre el fondo.

En este sentido, no resultaría correcto que se someta al mismo régimen normativo, las medidas temporales sobre el fondo a las medidas cautelares, pues las primeras no tienen un fin asegurativo, sino esencialmente satisfactivo de forma anticipada.

Esta explicación también resulta extensible para las medidas pretendidas en los procesos de familia, específicamente en aquellos en los que está también en disputa algún derecho de un infante.

4.4.7. Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.

Gráfico 7



Resultados del gráfico 7

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada, respondieron de forma positiva, siendo que cinco (representado con el color amarillo) estuvieron “en acuerdo” y cuatro (representado con el color morado) votaron por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en total desacuerdo”, “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

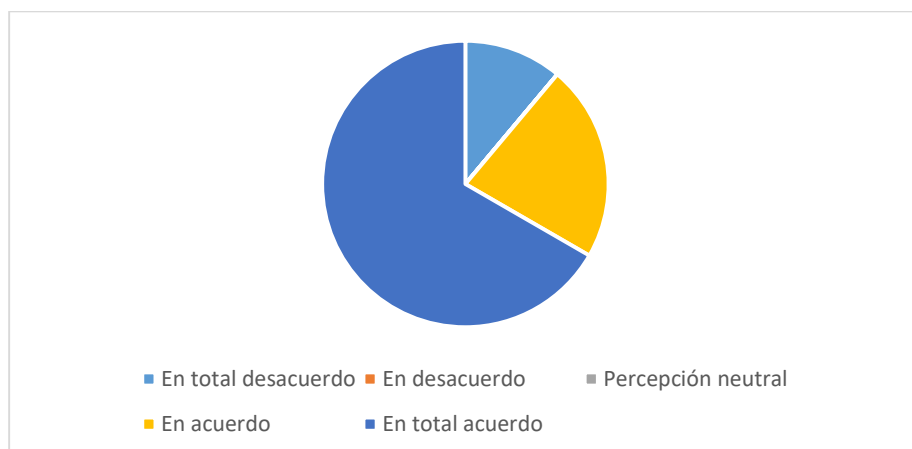
Discusión del gráfico 7

Los resultados comparten la tesis defendida en este trabajo de investigación, en el sentido que las medidas temporales sobre el fondo no pueden ser una manifestación de la tutela cautelar, ya que no buscan asegurar la eficacia de la futura decisión definitiva, sino satisfacer y brindar de forma anticipada la tutela que recién se obtendría con la sentencia con la calidad de cosa juzgada emitida en el proceso principal.

También, al aceptar que las citadas medidas no son una manifestación de la tutela cautelar, por extensión también se tendría que aceptar que no es correcto que se rijan bajo un único trámite, en especial si aquellas son peticionadas en el desarrollo de un proceso de familia en el que esté involucrado un infante.

4.4.8. Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.

Gráfico 8



Resultados del gráfico 8

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio, respondieron de forma ambivalente, siendo que uno (representado con el color celeste) estuvo “en total desacuerdo”, dos (representado por el color amarillo) votaron por la opción “en acuerdo” y seis (representado con el color azul) por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió las opciones “en desacuerdo” ni “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 8

La mayoría de los encuestados respondió positivamente frente a la afirmación sostenida en este trabajo de investigación respecto a los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo relacionadas con los derechos de los infantes. Esto significa que han comprendido a cabalidad que los mismos se desprenden de la normativa contenida en el Código Procesal Civil, y que el hecho que se aprecie el interés superior del niño, no significa que se ha descartado el empleo de los demás presupuestos que se exigen para las medidas anticipadas no vinculadas a derechos de los infantes.

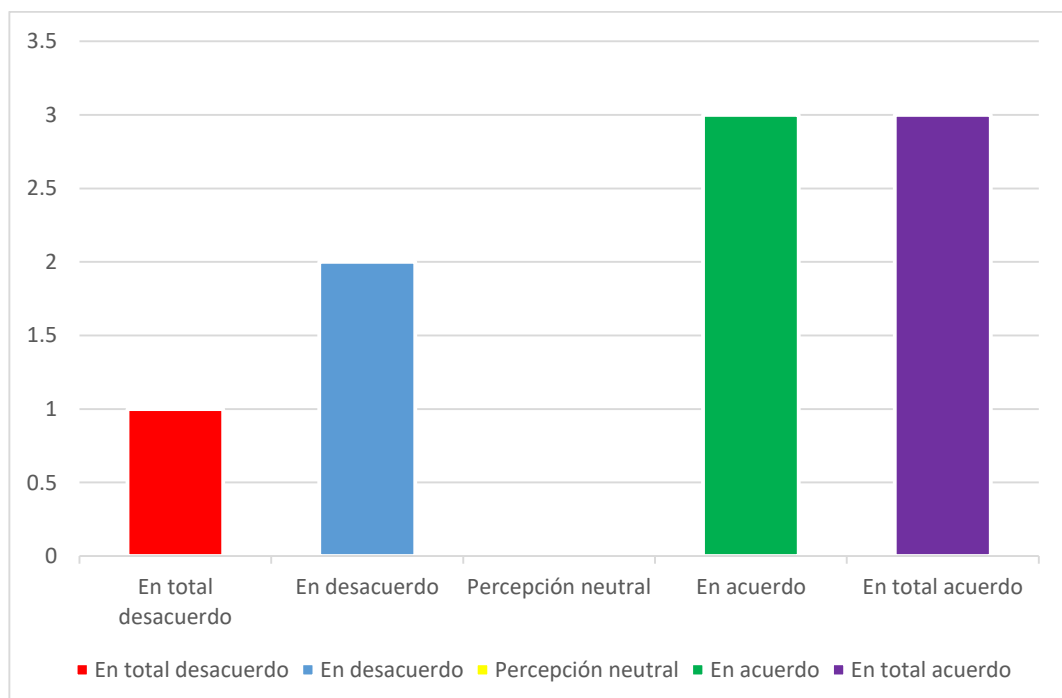
En cambio, la posición minoritaria de los encuestados, con su respuesta, estarían asumiendo una posición contraria a la asumida por el citado Código, debido a que en ningún extremo este cuerpo de leyes prescribe que solo se evalúe el

interés superior del niño o únicamente la necesidad impostergable de quien lo pide y la firmeza de la demanda y prueba aportada.

Con esta última posición, al ser incompleta, se estaría desnaturalizando por un lado a las medidas temporales sobre el fondo, como manifestación de la tutela anticipada, y por el otro, las características que estas deben tener cuando se presentan en el desarrollo de un proceso de familia en donde se encuentra en juego también los derechos de los infantes.

4.4.9. El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.

Gráfico 9



Resultados del gráfico 9

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que el contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido, respondieron de forma ambivalente, siendo que uno (representado con el color rojo) estuvo “en total desacuerdo”, dos (representado por el color celeste) votaron por la opción “en desacuerdo”, tres (representado por el color verde) por la opción “en acuerdo” y tres (representado con el color morado) por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió la opción “percepción neutral” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 9

De los encuestados, tres respondieron de forma negativa ante la tesis asumida en este trabajo de investigación, mientras que los seis restantes estuvieron de acuerdo.

Respecto al primer grupo, considero que su respuesta no guarda correspondencia con la brindada por ellos mismos en las dos primeras preguntas, referidas al derecho al contradictorio como derecho fundamental procesal, así como lo concerniente a su extensión.

Asimismo, tampoco guarda correspondencia con la respuesta que brindaron respecto al rol del juez en los procesos de familia, en el sentido que también

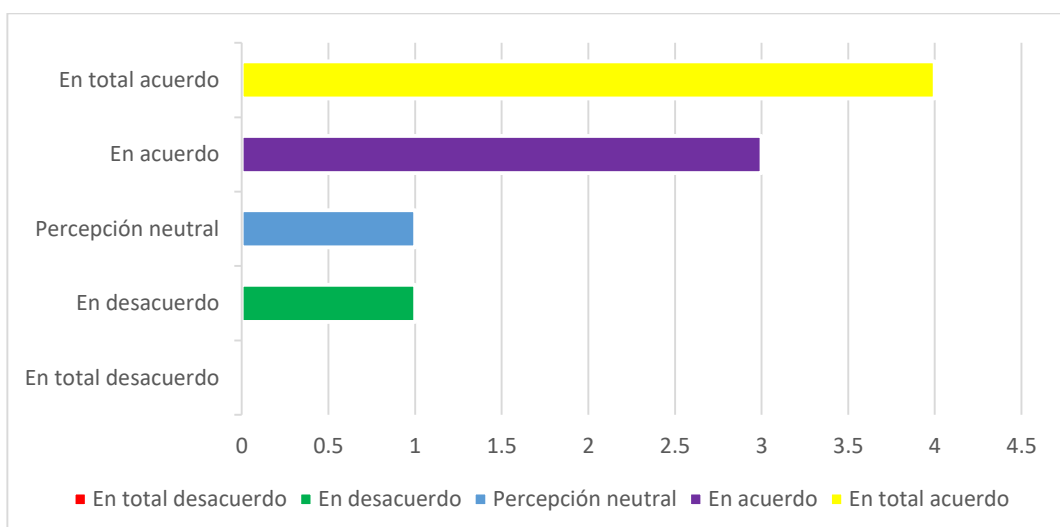
deben de velar por la guarda y tutela del interés de los infantes involucrados en el litigio.

En el caso del segundo grupo, estos encuestados han comprendido, algunos con mayor intensidad, que no resulta correcto escuchar únicamente al peticionante de la medida para decidir la concesión o el rechazo de la misma, sino que también se debe generar el espacio adecuado para escuchar al menor de edad involucrado en el litigio, así como a los terceros que pueden aportar información relevante para resolver el pedido de anticipación de tutela.

Con esta última opción, se garantizará no solo el derecho al contradictorio, en su sentido fuerte, sino también el interés superior del niño en su dimensión de norma de procedimiento.

4.4.10. Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.

Gráfico 10



Resultados del gráfico 10

Los encuestados, frente a la afirmación consistente en que las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad, respondieron de forma ambivalente, siendo que uno (representado con el color verde) estuvo “en desacuerdo”, uno (representado por el color celeste) votó por la opción “percepción neutral”, tres (representado por el color morado) por la opción “en acuerdo” y cuatro (representado con el color amarillo) por la opción “en total acuerdo”.

Ninguno de los encuestados eligió la opción “en total desacuerdo” frente a la antedicha afirmación.

Discusión del gráfico 10

La mayoría de encuestados, siguiendo con coherencia la posición que asumieron respecto a las demás preguntas, están de acuerdo con la posición asumida en este trabajo de investigación, consistente en que si bien debe operar el contradictorio previo para rechazar o amparar los pedidos de medidas temporales sobre el fondo vinculados con la infancia, también es cierto que esta regla no puede ser absoluta, sino que será relativa, al existir determinados supuestos de hechos que conminan a que el contradictorio sea diferido.

De este modo, los supuestos consistentes en la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad, una vez acreditados,

habilitan a que el juez tramite el pedido de anticipación de tutela con contradictorio diferido.

En cambio, solo uno de los encuestados estuvo en desacuerdo, lo cual implicaría dos opciones, que siempre considera que el contradictorio debe ser previo o que no comparte los supuestos de hechos que se configuran como excepciones a la regla del contradictorio previo. Si fuese lo primero, pues es necesario recordar que pese a que el derecho al contradictorio es uno fundamental, no es en sí absoluto, sino que puede verse limitado en defensa de otros derechos o interés también legítimos.

En los supuestos de hecho descritos, que el contradictorio se efectúe de forma diferida está plenamente justificado, pues de lo contrario se corre un fundado peligro que una vez concedida la medida, la misma termine siendo totalmente ineficaz o infructuosa por ser extemporánea.

Si fuese lo segundo, se presentaría una posición que no guarda correspondencia con los avances de la doctrina nacional ni comparada, causando que se incorporen supuestos de hecho que hagan inútil la regla del contradictorio previo, pues generaran que siempre sea diferido.

Finalmente, en el caso del encuestado que optó por elegir la percepción neutral, significa que por el momento no ha tomado una decisión respecto a la existencia de excepciones al contradictorio previo, lo cual no significa que descarte su existencia, sino únicamente que no tiene certeza plena de que los mismos sean los dos descritos en este trabajo de investigación.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

- 1.** El derecho al contradictorio es considerado como un derecho fundamental procesal que permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar lo que consideren conveniente. Asimismo, faculta a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de dichas partes, pero también de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto, a fin de que puedan apersonarse y ejercer algún mecanismo de defensa que consideren pertinente.
- 2.** En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de la parte demandante y de la parte demandada, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio. Este último interés resultaría prevalente frente al de los adultos, por lo que será el juez de familia el principal encargado de velar por su adecuada y oportuna tutela; más si se tiene en cuenta que el referido interés no solo debe ser apreciado como un principio, sino también como un derecho subjetivo y una norma de procedimiento.
- 3.** Las medidas temporales sobre el fondo sería una manifestación de la tutela anticipada, debido a que cumplen una función satisfactiva; es decir, busca satisfacer de forma adelantada con la satisfacción que brindaría la tutela definitiva. Aunado a ello, dentro de los presupuestos para su concesión, cuando están vinculadas a los derechos de la infancia, además de la necesidad impostergable de quien lo pide y la firmeza de la demanda y prueba aportada, se encontraría el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.
- 4.** El derecho al contradictorio en su sentido fuerte y el interés superior del niño, en su dimensión de norma de procedimiento, justifican que el contradictorio en la tramitación de una medida temporal sobre el fondo vinculada a derechos de los infantes sea previo, toda vez que ambos garantizan que exista la menor posibilidad de error en la adopción de la decisión anticipada, lo cual implica que se reduzcan las posibilidad de causar algún daño irreparable al infante

involucrado en el litigio. Aunado a ello, el primero democratiza el proceso y vuelve más legítima la decisión anticipada del juez, y el segundo permite que se puedan avizorar las consecuencias de la medida temporal sobre el fondo sobre el niño o adolescente.

5. Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.

6. Los jueces encuestados han compartido las diversas posiciones asumidas en este trabajo de investigación, tales como el entendimiento del derecho al contradictorio como derecho fundamental procesal, el rol del juez en los procesos de familia y el interés prevalente de los infantes que deben tutelar, la naturaleza jurídica de las medidas temporales sobre el fondo como una manifestación de la tutela anticipada, los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo cuando la pretensión está vinculada con derechos de la infancia y la constitución del contradictorio previo como regla en la tramitación de las antedichas medidas, así como sus dos excepciones que permiten el contradictorio diferido.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES

6.1. Propuesta legislativa

La recomendación de esta tesis consiste en una reforma legislativa, con el objeto que sea incorporado un nuevo artículo al Código Procesal Civil peruano. Así, a continuación se expresó el esquema de la propuesta legislativa.

Proyecto de Ley que incorpora el artículo 637-A al Código Procesal Civil, que regula el trámite de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas a derechos de los infantes.

Los congresistas que firman, en ejercicio de su derecho a la iniciativa legislativa, regulada en el artículo 107 de la Carta Magna, en concordancia con los artículos 22, inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presentan la siguiente propuesta de proyecto de ley:

El Congreso de la República

Ha dado la siguiente Ley:

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 637-A AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, QUE REGULA EL TRÁMITE DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO VINCULADAS A DERECHOS DE LOS INFANTES

Artículo 1.- Incorporación del artículo 637-A al Código Procesal Civil

Incorpórese al Código Procesal Civil el artículo 637-A, a fin de tutelar el derecho fundamental al contradictorio, en su sentido fuerte, así como el interés superior del niño desde su dimensión como norma de procedimiento.

Así, el dispositivo legal que deberá ser incorporado, es el siguiente:

“Artículo 637-A.- Trámite para el pedido de medida temporal sobre el fondo vinculado a derechos de los infantes

En el caso de las demandas de medida temporal sobre el fondo involucradas con los derechos de los infantes, el trámite se efectuará de la siguiente manera:

1. Recibida la demanda, el juez, salvo los casos previstos en el siguiente inciso, en el plazo de un día, contado desde la notificación de aquella al demandado, al menor de edad involucrado en el litigio, siempre que pueda expresar su opinión, y a todo aquél que aportará información relevante para emitir la decisión, convocará a una audiencia especial, la misma que se celebrará dentro de los tres días siguientes.

En la referida audiencia, se expresarán los alegatos y se actuarán las pruebas ofrecidas, siendo que el juez emitirá su decisión, concediendo o rechazando la medida peticionada, al finalizar la audiencia o, excepcionalmente, dentro del plazo de dos días hábiles de practicado este acto procesal.

2. Si el peticionante de la medida acredita la urgencia de la concesión de la medida o el peligro de infructuosidad, el juez podrá conceder o rechazar la medida sin más trámite, para lo cual se aplicará lo previsto en el artículo 637 de este Código.

Exposición de motivos

Este proyecto de ley se ha elaborado atendiendo a que se ha apreciado que existe un único trámite para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo, esto es, sin contradictorio previo, sin que se haya distinguido entre aquellas que guardan vinculación con los derechos de los infantes y los que se refieren estrictamente a pretensiones civiles patrimoniales.

Así, se considera importante establecer como regla, el contradictorio previo, a fin de que el juez pueda evaluar si concede o rechaza la medida temporal sobre el fondo peticionada, y como excepción, el contradictorio diferido.

De este modo, los integrantes del Congreso, que firmamos este documento, hacemos nuestra esta propuesta de proyecto de ley, con el fin de que sea discutido en los fueros correspondientes y pase eventualmente a ser una ley que ingresará a regular en nuestro ordenamiento jurídico. El texto es el siguiente:

I. Objetivo

La presente propuesta de proyecto legislativo busca la incorporación de un nuevo artículo en el que se regule el procedimiento para la concesión o denegación del pedido de una medida temporal sobre el fondo vinculada con los derechos de los infantes, el cual estará elaborado sobre la base del respeto al derecho al contradictorio, siendo sustentado su configuración de forma previa en su sentido fuerte, y en el interés superior del niño en su dimensión como norma de procedimiento. Aunado a ello, se regulan las excepciones que permiten que el contradictorio sea diferido.

II. Antecedentes

La versión original del artículo 637 del Código Procesal Civil, así como su modificación efectuada con el artículo único del Decreto Legislativo Nro. 1069, del 28 de junio del 2008, prescribían que la petición cautelar (que se extendía también al pedido de medida temporal sobre el fondo vinculado a derechos de los infantes) se concedía o rechazaba sin que la parte afectada tenga conocimiento del mismo, siendo que recién se enteraba de la existencia de dicho pedido cuando se terminase de ejecutar la medida concedida o en un acto inmediatamente posterior. El afectado solo podía apelar la resolución que concedió la medida, no teniendo la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, ya sea de forma posterior ni de manera diferida.

Posteriormente, el mencionado artículo sufrió una modificación con el Artículo Único de la Ley Nro. 29384, del 28 de junio del 2009, incorporándose la figura de la oposición, sumada a la ya clásica figura de la apelación, con la cual el afectado de la medida podía ejercer su derecho al contradictorio, pero solo de forma posterior a la ejecución de la medida, y nunca de forma previa.

La referida modificación no hizo ningún tipo de diferenciación entre las medidas cautelares y las medidas temporales sobre el fondo, por lo que la vigente normativa resulta aplicable tanto a los procesos civiles patrimoniales, como a los procesos de familia con pretensiones vinculadas a la infancia.

Aunado a ello, se tiene que el Código de los Niños y Adolescentes no prescribe un trámite para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo, teniendo únicamente un artículo remisivo, el número 176, el cual establece que las referidas medidas, como las cautelares, a favor del niño y del adolescente se rigen por lo

establecido en este Código, pero también en lo prescrito en el Título Cuarto de la Sección Quinta del Libro Primero del Código Procesal Civil.

III. Problemática

El nacimiento del Estado Constitucional de Derecho trajo consigo un novísimo modelo ideológico y político por el cual la constitución asumió un rol preponderante sobre la ley.

Este modelo influyó fuertemente en las diversas ramas del Derecho, generando consigo que se produzca el fenómeno de la Constitucionalización de los Derechos.

Una de las ramas jurídicas que ha transitado por este fenómeno es el Derecho Procesal, generando consigo que el proceso pase a ser visto como un medio para proteger derechos, pero también como un instrumento que se centre en lo que busca proteger: la persona humana.

Para que el proceso cumpla tal fin, requiere necesariamente que esté instituido sobre el pilar del respeto de los derechos fundamentales. Uno de estos es el denominado derecho al contradictorio, el cual pasa a instituirse como el valor-fuente del propio proceso, debido a que posibilita el ejercicio de una democracia participativa y la búsqueda de la verdad (Cavani, 2012).

El desarrollo teórico del derecho al contradictorio, sobre la base del entendimiento que se está frente a un Estado Constitucional, ha conseguido que este deje de ser visto únicamente como una garantía del demandado (contradictorio en el sentido débil), para pasar a instituirse como un principio que genera que la decisión acogida por el juez haya sido fuertemente influenciada por las partes procesales y los demás sujetos que guarden relación con el litigio (Do Passo, 2010) (contradictorio en sentido fuerte).

Ahora bien, pese a dicho desarrollo, un problema que sigue latente en la actualidad es lo concerniente a la intensidad que debe tener el referido derecho en aquellos casos en los que resulta necesario obtener una tutela satisfactiva anticipada que esté relacionada con los intereses de los infantes, esto es, cuando se está frente a las denominadas medidas temporales sobre el fondo que guarden vinculación con los derechos de los menores de edad.

Así, en el contexto nacional, del contenido del artículo 637 del Código Procesal Civil, que resulta aplicable para la fundabilidad del pedido de medidas temporales sobre el fondo vinculadas a los derechos de los infantes, se advierte que un sector de la dogmática ha sostenido que en dicho dispositivo, el derecho al contradictorio se ha regulado de forma relativa (Guerra, 2006), debido a que no existe un contradictorio previo, sino uno diferido a través de la figura de la oposición.

Frente a la antedicha regulación, otro sector de la doctrina ha manifestado su rechazo, pues alegan que el derecho al contradictorio, por su relevancia, debe efectuarse, como regla, de forma previa, siendo que solo puede ser limitado si existen determinadas circunstancias justificadas específicas que se sustenten en la urgencia o en la irreparabilidad del derecho material (Priori, 2006; Alfaro, 2011), debido a que el contradictorio es el rasgo esencial de todo proceso.

De este modo, se ha explicado que a mayor grado de civilización del proceso, se vuelve más insoportable que un modo de tutela jurisdiccional sea otorgada mediante un procedimiento que no se fundamente bajo el principio consistente en que el juzgador no debe poder fallar si es que antes no ha brindado la oportunidad a ambas partes de ser oídas (Ariano, 2016).

Aunado a ello, se tiene que la exigencia del contradictorio previo se refuerza en estos casos, debido a que toda decisión judicial que se adopte, y que repercutirá en los infantes, tendrá que realizarse luego de que el juez haya escuchado a los involucrados en el conflicto familiar y de haber realizado un ejercicio intelectual objetivo. Así, “el hecho de que sea el juez quien escuche a todos los involucrados, significa que estos deben tener la oportunidad de participar en el juicio y expresar su opinión” (Avalos, 2020, p. 92).

En efecto, en pretensiones como las de remoción de tutor, establecimiento o variación de tenencia, fijación, extinción, suspensión o variación de régimen de visitas y reducción o variación de la prestación alimenticia, tenemos que la concesión de la medida temporal sobre el fondo no solo involucra al interés del demandante o del demandado, sino también al de los infantes sobre los cuales recaerá dicha medida; interés superior que terminará siendo gravemente lesionado si la decisión de anticipación de tutela se ha dado de forma incorrecta por no contar el juez con la máxima información posible, convirtiendo así al menor de edad en un mero objeto de litigio (Florián, 2020; Bermúdez, 2019).

De este modo, las posiciones antagónicas relatadas tienen gran incidencia en el derecho fundamental al contradictorio y en el interés superior de los infantes involucrados en el conflicto judicial, los mismos que justifican que se incorpore a la normativa peruana el artículo 637-A que estamos proponiendo al Código Procesal Civil.

Asimismo, con esta nueva norma, también nuestro país continuaría con la corriente ya iniciada hace más de 30 años por otros Estados Constitucionales de Derecho, los cuales, en sus respectivas leyes procesales civiles, como es el caso

de España e Italia, han incorporado al contradictorio previo como regla, y al diferido como la excepción.

Finalmente, es de precisar que no siempre el contradictorio será positivo para el derecho material en juego en el proceso, por lo que será necesario que se regulen excepciones que justifiquen que el mismo sea diferido, estos vendrían a ser la urgencia de la obtención de la anticipación de tutela y el peligro de infructuosidad, que deben estar debidamente acreditados por el peticionante de la medida.

IV. Conclusiones

Resulta imperioso la incorporación del artículo propuesto en la normativa procesal peruana, a fin de que se concrete la justificación del derecho al contradictorio en su sentido fuerte, así como el del interés superior del niño en su dimensión de norma de procedimiento, en lo concerniente a la regla del contradictorio previo.

Adicionalmente, es necesario que se concrete esta nueva incorporación para continuar con la línea de avance legislativo y jurisprudencial de otros países que se caracterizan por tener también el modelo de Estado Constitucional de Derecho, como es el caso de España e Italia.

V. Análisis costo-beneficio

La incorporación del artículo 637-A al Código Procesal Civil no generará ningún costo o beneficio económico para el Estado, las partes procesales ni para los infantes involucrados en el litigio; no obstante, sí genera un impacto sumamente positivo en la tutela de los derechos fundamentales de estos dos últimos, tanto el

concerniente al derecho al contradictorio en su sentido fuerte, como del interés superior del niño, especialmente en su dimensión de norma de procedimiento.

En efecto, al establecer como regla el contradictorio previo, y solo como excepción el contradictorio diferido, en la tramitación de la concesión o denegación del pedido de medida temporal sobre el fondo vinculada a derechos de los infantes, lo que se hace es favorecer la reducción de los errores judiciales en la adopción de estas medidas, tanto para el momento en que se adoptó la medida como para el futuro, así como democratizar en mayor medida el proceso.

De este modo, esta propuesta legislativa resulta beneficiosa a corto, mediano y largo plazo, tanto a la contraparte de quien petitionó la medida, como a los niños o adolescentes involucrados al litigio, así como a cualquier sujeto con legítimo intereses en las resultas de lo pedido.

VI. Efectos de la norma en la legislación vigente

Se deja constancia que no existiría ningún grupo de intereses, comunidad o integrante o colectivo de la sociedad en general, que resulte afectado con la presente propuesta de ley.

Aunado a ello, tampoco se ocasionará incoherencia interna en la normatividad de nuestro país, pues no se ocasionarán derogaciones tácitas, antinomias o modificaciones expresas o tácitas en otros dispositivos normativos, tanto del Código Procesal Civil, como de otros cuerpos de leyes.

El nuevo dispositivo legal debería ser de aplicación inmediata, incluso para los procesos en trámite a la fecha en la que entre en vigencia; es decir, al día siguiente de haber sido publicado en el medio oficial correspondiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad, S. (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Palestra.
- Acuña, V. (2018). *El principio del contradictorio en el proceso cautelar. Un análisis crítico de la aplicación de la regla inaudita altera parte en el Código Procesal Civil Peruano* [Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho Procesal]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Aguilar, B. (2008). *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*(1), 223-247.
- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(42), 85-100. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99636/1/DOXA_42_04.pdf
- Alfaro, L. (2010). La oposición en la tutela cautelar ¿Contradictorio en el procedimiento cautelar? *Revista Jurídica del Perú* (110), 265-276.
- Alfaro, L. (2011). Redención del principio del contradictorio en el proceso cautelar. Propuesta para un modelo equilibrado. En R. Cavani (Coord.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Alfaro, L. (2014). *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el Proceso Civil*. España: Bosch Editor.
- Alfaro, L. (2020). La cuestión de la oposición de la medida cautelar concedida en segundo grado. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(79), 319-322.
- Alvarado de Oliveira, C. (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. (J. Monroy, Trad.) Lima: Communitas.
- Alvarado, A. (2014). *Proceso y república. Críticas a las tendencias actuales del derecho procesal*. Grijley.
- Alzamora, M. (s.d.). *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso* (Octava ed.). Lima: Ediciones EDDILI.
- Amado, E. (2017). El interés superior del niño en los pronunciamientos de los magistrados en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 69-84.
- Arazi, R. (1999). Tutela anticipada. *Revista de Derecho Procesal*, I, 385-394.

- Ariano, E. (2016). *In limine litis. Estudios críticos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Instituto Pacífico.
- Ariano, E. (2014). *Estudio sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Asunto L.M. respecto Paraguay, s.d. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Julio de 2011).
- Avalos, B. (2020). El derecho de relación frente al Covid-19. Reflexiones sobre su reglamentación a nivel judicial. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(85), 89-121.
- Avalos, B. (2018). *El síndrome de alienación parental y el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño*. Tesis para obtener el grado de bachiller. Universidad Privada Antenor Orrego.
- Avalos, B. (2021). Comentario al artículo 555. En J. Espinoza (Coord.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (Vol. III, págs. 1071-1075). Lima: Instituto Pacífico.
- Balarezo, E. (6 de Noviembre de 2017). *Legis.pe*. Recuperado el 3 de Marzo de 2018, de *Legis.pe*: <http://legis.pe/cumplen-garantias-procesales-aplicacion-interes-superior-nino/>
- Barberis, M. (2019). *Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*. Zela.
- Berizonce, R. (1999). La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria. *Revista de Derecho Procesal, I*, 145-168.
- Bermejo, P., y Pauletti, A. (2017). Litigios de familia. La semilla de la justicia de protección en el pensamiento de Couture. En Á. Landoni, y S. Pereira (Coords.), *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture* (págs. 1071-1110). Montevideo: La Ley Uruguay.
- Bermúdez, M. (2019). Entre las partes procesales y las partes del conflicto familiar: los hijos en medio de un proceso judicial. En M. Bermúdez Tapia, y M. Pinedo, *El proceso de familia. Un tratamiento realista del conflicto familiar* (págs. 193-202). Lima: Gaceta Jurídica.
- Bermúdez, M. (2015). *Derecho procesal de familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Bermúdez, M. (2017). *El derecho de familia en la postmodernidad*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego.

- Bermúdez, M. (2021). El tiempo, los derechos y el nivel de violencia en las acciones de tutela en los procesos de familia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(93), 73-82.
- Bocanegra, T. (2021). La tutela anticipatoria en los procesos de familia. Análisis sobre su aplicación ante supuestos de tutela urgente y diferenciada. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(93), 83-94.
- Bustamante, R. (2015). *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo* (Segunda ed.). Ara Editores.
- Calamandrei, P. (1996). *Introducción al Estudio sistemático de las Providencias Cautelares*. (M. Ayerra, Trad.) Librería El Foro Buenos Aires.
- Calamandrei, P. (2006). *Proceso y democracia*. (H. Fix-Zamudio, Trad.) Lima: Ara Editores.
- Cárdenas, R. (2017). El principios del interés superior del niño y el papel de la jurisprudencia frente al desarrollo de las nuevas tecnologías. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 25-32.
- Carnelutti, F. (1960). *Instituciones del Proceso Civil* (Vol. I). (S. Sentis, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América Bosch y Cía Editores.
- Carnelutti, F. (2019). *Cómo se hace un proceso* (Tercera ed.). (S. Sentís, & M. Ayerra, Trans.) Bogotá: Editorial Temis.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Vol. I). (N. Alcalá-Zamora y Castillo, y S. Sentís, Trans.) Uteha Argentina.
- Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Serie C N° 63 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Noviembre de 1999).
- Caso Affaire Dabrowska Vs. Polonia, Solicitud N° 34568/08 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2010).
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Serie C N° 239 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Caso Bates Vs. Bates, Case N° 99D958 (18th Judicial Circuit. Dupage County IL 17 de Enero de 2002).
- Caso Blanca Lucy Borja Espinoza, STC N° 6165-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 6 de Diciembre de 2005).

- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, Serie C N° 214 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2010).
- Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Serie C N° 130 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Septiembre de 2005).
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Serie C N° 110 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de Julio de 2004).
- Caso Elsholtz Vs. Alemania, Sentencia 25735/94 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13 de Julio de 2000).
- Caso Empresa Centro Medic Ayacucho S.R.L., 00074-2012-Q/TC (Tribunal Constitucional 18 de Marzo de 2014).
- Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, Serie C N° 242 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Abril de 2012).
- Caso J.A.R.R.A. Y V.R.R.A., STC N° 01817-2009-PHC/TC-Lima (Tribunal Constitucional del Perú 7 de Octubre de 2009).
- Caso Jorge Miguel Alarcón Menéndez, 1003-95-AA/TC (Tribunal Constitucional 6 de Agosto de 2002).
- Caso José Luis Ñiquin Huatay, STC N° 03744-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 12 de Noviembre de 2008).
- Caso Jyomar Yunior Faustino Tolentino, STC Nro. 3062-2006-PHV/TC (Tribunal Constitucional 17 de Mayo de 2006).
- Caso Lady Rodríguez Panduro, STC N° 2165-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de Octubre de 2002).
- Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, Serie C N° 211 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2009).
- Caso Silvia Patricia López Falcón, STC N° 04058-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 30 de Abril de 2014).
- Castillo, L. (2020). Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos. En Z. Gustavo, y V. Marcenó, *Manual de Derecho Constitucional* (págs. 25-112). Zela.
- Cavani, R. (2012). Combatiendo las "nulidades-sorpresa": el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal. *Gaceta Constitucional*(58), 288-296.

- Cavani, R. (2013). ¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(3), 255-270.
- Celis, M. (2019). Pautas procesales y constitucionales para afrontar un proceso de tenencia de menor. En M. Torres (Coord.), *Derecho Procesal de Familia* (págs. 319-346). Lima: Gaceta Jurídica.
- Celis, M. (2021). Las medidas cautelares en los procesos judiciales de familia. *Gaceta de Familia*(1), 157-193.
- Chamorro, F. (1994). *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1. de la Constitución*. Bosch.
- Chávez, D. (2017). El principio del interés superior del niño y su carácter dinámico. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 107-112.
- Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del niño*(9), 125-142.
- Cipriani, F. (2005). El Procedimiento Cautelar entre Eficiencia y Garantías. *Derecho & Sociedad*(25), 53-64.
- Cotrina, J. (2017). El contradictorio en el procedimiento cautelar. En Y. Meza (Coord.), *Las medidas cautelares en el proceso civil* (págs. 53-77). Lima: Ubilex.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- De la Oliva, A., Díez-Picazo, I., y Vegas, J. (2016). *Curso de Derecho Procesal Civil I* (Tercera ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- De la Oliva, A., Díez-Picazo, I., y Vegas, J. (2016). *Curso de Derecho Procesal Civil II* (Tercera ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República, 0023-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2006).
- Didier, F., Sarno, P., y Santos de Oliveira, R. (2011). Todavía sobre la distinción entre la tutela anticipada y tutela cautelar. En R. Cavani (Coord.), *Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente* (pp. 331-347). Lima: Gaceta Jurídica.

- Do Passo Cabral, A. (2010). El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. *Revista Peruana de Derecho Procesal*(16), 261-278.
- Espinosa-Saldaña, E. (2018). *En defensa de la constitución. Código Proesal Constitucional y tutela del ciudadano*. Gaceta Jurídica.
- Espinosa-Saldaña, E. (2020). *Sobre los límites del juez constitucional*. Zela.
- Fernández, M. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. (P. Ibáñez, B. Carlos, M. Gascón, L. Prieto, y A. Ruiz, Trans.) Madrid: Editorial Trotta.
- Florián, O. (2020). Los aspectos más relevantes de la tutela cautelar. 59-68. (B. Avalos, Entrevistador) Gaceta Jurídica.
- Florian, O. (2016). Comentario al artículo 637. En R. Cavani (Ed.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (Tomo IV, pp. 836-845). Lima: Gaceta Jurídica.
- Florián, O. (2021). La fijación de la pensión de alimentos. Problemas prácticos y medidas cautelares aplicables. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(94), 191-211.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*, 114-127.
- Garay, A. (2009). Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio. Tenencia unilateral o tenencia compartida (coparentalidad). Lima: Grijley.
- Gamarra, F. (Noviembre de 2003). Interés superior del niño: estudio doctrinal y normativo. *Normas Legales, II*, 43-78.
- Goldschmidt, J. (2020). *Teoría General del Proceso*. (L. Pietro, Trad.) Argentina: Ediciones Olejnik.
- González, I. (2000). Las crisis familiares. *Revista Cubana Médica General Integral*, XVI(3), 280-286. Recuperado el 9 de Marzo de 2020, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252000000300010

- González, N. (2014). *Lecciones de Derecho Procesal Civil. El proceso civil peruano*. Trujillo: Jurista Editores.
- Guahnon, S. (2011). *Medidas cautelares en el derecho de familia*. Ediciones la Rocca.
- Guerra, J. (2016). *Sistema de Protección Cautelar*. Lima: Instituto Pacífico.
- Guerra, J. (2020). El umbral en el Código Procesal Civil: el Título Preliminar. En I. P. S.A.C. (Ed.), *El Título Preliminar del Código Procesal Civil* (pp. 21-97). Lima: Instituto Pacífico.
- Gutiérrez, J., y Cuipa, A. (2014). ¿En interés superior de quién? La alienación parental como riesgo en los procesos de tenencia. En M. A. Torres (Ed.), *Patria potestad, tenencia y alimentos* (págs. 143-158). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Hawie, I. (2017). *Violencia familiar: análisis sustantivo, procesal y jurisprudencial* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Hinestrosa, F. (1999). Hacia un derecho de familia del siglo XXI. *Revista de Derecho Privado*(4), 3-11.
- Hurtado, M. (2014). *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Segunda ed., Tomo II). Lima: Idemsa.
- Kielmanovich, J. (2000). *Medidas cautelares*. Rubinzal - Culzoni Editores.
- Kielmanovich, J. (2009). *Derecho procesal de familia*. Abeledo Perrot.
- L.F.H., STC N° 02892-2010-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 6 de Diciembre de 2010).
- L.J.T.A. e I.M.T.A., STC N° 02079-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú 9 de Setiembre de 2010).
- La Rosa, J., y Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- La Serna, F. (2021). ¿Cisma o perfeccionamiento de la medida cautelar en el Código Procesal Civil? Algunas reflexiones a partir del examen de las medidas temporales sobre el fondo. En I. Pacífico (Ed.), *Instituciones de la tutela cautelar en el Código Procesal Civil. Estudio críticos* (pp. 231-270). Instituto Pacífico.

- Landa, C. (2020). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo* (Quinta ed., Tomo III). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2018). *La tutela cautelar y de ejecución. Medidas cautelares* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Lescano, P. (Noviembre de 2017). El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño y su configuración en el ordenamiento jurídico peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(53), 85-97.
- Liebman, E. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil*. (S. Sentís, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 51-70.
- Luján, H. (2018). *La medida cautelar*. Lima: Instituto Pacífico.
- Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. (A. Zela, Trad.) Palestra.
- Marinoni, L. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. (C. Delgado, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- Martel, R. (2014). *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil* (Segunda ed.). Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.
- Mella, A. (2016). La tenencia o custodia compartida: una alternativa moderna de régimen familiar de creciente empleo. *Gaceta civil & procesal civil*(36), 153-162.
- Mesía, C. (2018). *Los derechos fundamentales. Dogmática y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Micheli, G. (1970). *Curso de Derecho Procesal Civil* (Vol. I). (S. Sentís, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América Bosh y Cía. Editores.
- Mitidiero, D. (2013). *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. (R. Cavani, Trad.). Marcial Pons.
- Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el Estado Constitucional*. (R. Cavani, & C. Delgado Suárez, Trads.) Lima: Palestra Editores.

- Mitidiero, D. (2018). Cognición sumaria, probabilidad y prueba en la anticipación de tutela. En G. Priori (Coord.), *La prueba en el proceso* (pp. 205-223). Palestra.
- Monroy Palacios, J. (2002). *Bases para la Formulación de una Teoría Cautelar*. Lima: Comunidad.
- Monroy, J. (2010). *La formación del proceso civil peruano* (Tercera ed.). Lima: Communitas.
- Monroy, J. (2017). *Temas de Derecho Procesal, I*. Lima: Communitas.
- Montero, J., Gómez, J., Barona, S., y Calderón, M. (2003). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch.
- Morales, F. (2016). La dogmática en el Estado Constitucional de Derecho. En *Constitución, Derecho y derechos. Libro de Ponencias del Primer Encuentro de la Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso* (G. Priori, Coord., pp. 19-30). Palestra.
- Muriche, C. (2021). Tutela cautelar, anticipada y autosatisfactiva en el derecho procesal de familia. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(93), 95-112.
- Natarén, C. (2006). *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Nieva, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. Marcial Pons.
- Nieva, J. (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons.
- Onofre, K. (2017). El interés del menor como principio rector de las decisiones judiciales. *Gaceta Constitucional*, 15-20.
- Opinión Consultiva, OC-17/2002 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Agosto de 2002).
- Ortega, R. (2015). *Los Derechos de las Niñas y los Niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Médixo D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, II(3), 87-108.

- Ortells, M. (2000). *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley.
- Ortiz, C. (2016). Reflexiones sobre la Convención Internacional de los Derechos del Niño. *Persona y Familia*(5), 65-79.
- Páez, V. (2008). La introducción del contradictorio en la tutela cautelar de los Tribunales de Familia [Tesis para obtener título de abogado]. Universidad Austral de Chile.
- Pérez, A. (2013). *Los derechos fundamentales* (Décimo Tercero ed.). Tecnos.
- Peyrano, j. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Depalma.
- Picó, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso* (Segunda ed.). Bosch Editor.
- Placido, A. (2015). *Manual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- Priori, G. (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como dercho fundamental*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Proto, A. (2018). *Lecciones de derecho procesal civil*. (M. Chumberiza, Trad.) Lima: Palestra Editores.
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, XXX(2), 89-109.
- Ravetllat, I., y Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil Chileno . *Revista Chilena de Derecho*, 903-934.
- Redenti, E. (1957). *Derecho Procesal Civil* (Vol. I). (S. Sentís, y M. Ayerra, Trads.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Rocco, U. (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Vol. V). (S. Sentis, y M. Ayerra, Trads.) Buenos Aires: Editorial Temos; Editorial De Palma.
- Romboli, R. (2017). *Justicia Constitucional. Derechos Fundamentales y Tutela Judicial*. Palestra.
- Rosario, J. (2006). Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada: Doctrina, legislación comparada y su aplicación en el Derecho Procesal Peruano. *Foro Jurídico*(6), 61-72.

- Ruiz, H., y Mayor, J. (2021). Medidas temporales sobre el fondo ¿Verdaderas medidas autosatisfactivas? En I. Pacífico (Ed.), *Instituciones de la Tutela Cautelar en el Código Procesal Civil. Estudio Críticos* (págs. 195-228). Lima: Institución Pacífico.
- s.d., Casación N° 563-2011-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Diciembre de 2011).
- s.d., Casación N° 1961-2010-Lima (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 10 de Setiembre de 2013).
- s.d., Casación N° 2702-2015, Lima (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Mayo de 2016).
- Salas, S. (2015). Medidas Temporales sobre el Fondo. *Revista IUS ET VERITAS*(50), 352-367.
- Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Vol. II). (S. Sentís, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- Sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil, Casación Nro. 4664-2010-Puno (Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema 18 de Marzo de 2011).
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *VOX JURIS*, 81-90.
- Stilerman, M. (2004). *Menores: tenencia, régimen de visitas* (Tercera ed.). Buenos Aires: Universidad.
- Sumaria, O. (2017). La tutela cautelar. Análisis y revisión crítica de sus presupuestos. Lima: Instituto Pacífico.
- Sumaria, O. (2020). La Constitucionalización del Proceso: el contenido del Derecho a la Tutela Jurisdiccional y el Debido Proceso. Comentario a la Casación N.º 1971-2016-Tacna. En I. P. S.A.C. (Ed.), *El Título Preliminar del Código Procesal Civil* (págs. 105-128). Lima: Instituto Pacífico.
- TorreCuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 131-157.
- Valverde, M. (2021). Las medidas cautelares como medio de aseguramiento de la tutela efectiva. En I. P. S.A.C. (Ed.), *Instituciones de la Tutela Cautelar en*

el Código Procesal Civil. Estudios críticos (pp. 59-96). Lima: Instituto Pacífico.

Veramendi, E. (2016). Comentario al artículo 675. En R. Cavani (Coord.), *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (Tomo V, pp. 136-145). Lima: Gaceta Jurídica.

Veramendi, E. (2016). Proceso cautelar en asuntos de familia: configuración de algunas características especiales. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(34), 253-278.

Zufelato, C., y Zeri, T. (2015). La instrumentalidad de las tutelas de urgencia en el derecho procesal brasilero contemporáneo. En G. Priori (Coord.), *Sobre la tutela cautelar* (pp. 23-37). Lima: Editorial Jurídica Themis.

ANEXOS

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Marco Antonio Celis Vásquez

Grado académico: Maestro en Derecho Civil

Cargo: Juez de Familia de Trujillo

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total **acuerdo**.

ITEMS		-2	-1	0	1	2
Cómo percibe usted, los siguientes aspectos						
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.				x	
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					x
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.				x	
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					x
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.				x	
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.				x	
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la				x	

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					x
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.				x	
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.				x	

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Vanness Avila Loyola

Grado académico: Magister

Cargo: Jueza

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

<u>ITEMS</u>		-2	-1	0	1	2
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.				X	
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.				X	
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.		X			
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					X
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.				X	
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					X
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la					X

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					X
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.				X	
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.				X	

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Rolando Acosta Sánchez

Grado académico: Magister

Cargo: Juez Superior

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

<u>ITEMS</u>		-2	-1	0	1	2
Cómo percibe usted, los siguientes aspectos						
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.				X	
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.				X	
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.		X			
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.				X	
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.				X	
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.				x	
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la				X	

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.				X	
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.		X			
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.		X			

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Olegario David Florián Vigo

Grado académico: Doctor en Derecho

Cargo: Juez Superior Titular

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

ITEMS		-2	-1	0	1	2
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.				x	
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					x
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.				x	
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					x
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.					x
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					x
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la					x

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					x
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.					x
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.				x	

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Katherine Dora Granda Fernández

Grado académico: Maestra

Cargo: Jueza Provisional

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

<u>ITEMS</u>		-2	-1	0	1	2
Cómo percibe usted, los siguientes aspectos						
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.				X	
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					X
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.				X	
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					X
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.					X
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					X
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la				X	

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					X
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.				X	
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.					X

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Hubert Edinson Asencio Díaz

Grado académico: Doctor

Cargo: Juez Especializado de Familia

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

<u>ITEMS</u>		-2	-1	0	1	2
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.					X
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					X
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.					X
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.				X	
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.				X	
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.				X	
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la				X	

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					X
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.					X
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.					X

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Yvonne Lúcar Vargas

Grado académico: Magister

Cargo: Jueza de Familia

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

ITEMS		-2	-1	0	1	2
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.					X
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.	X				
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.					X
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					X
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.					X
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					X
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la					X

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.	X				
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.	X				
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.					X

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Félix Enrique Ramírez Sánchez

Grado académico: Magister

Cargo: Juez Especializado

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

<u>ITEMS</u>		-2	-1	0	1	2
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.					X
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					X
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.					X
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.				X	
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.					X
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					X
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la				X	

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.				X	
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.		X			
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.			X		

INSTRUMENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Tesista: Ms. Bruno Fernando Avalos Pretell

Título de la tesis: Interés superior de los menores de edad y el derecho al contradictorio como justificadores del contradictorio previo en las medidas temporales sobre el fondo.

Encuestado: Erick Hamilton Castillo Saavedra

Grado académico: Magister

Cargo: Juez / Docente

Atendiendo a su vasta experiencia académica y profesional, resulta provechoso para la presente investigación conocer su opinión. Por ello, seleccione la categoría de respuesta de su preferencia colocando una X en la casilla correspondiente:

Escala:

-2 = En total desacuerdo;

-1 = En desacuerdo;

0 = Percepción Neutral;

1 = En acuerdo;

2 = En total acuerdo.

ITEMS		-2	-1	0	1	2
Cómo percibe usted, los siguientes aspectos						
1	El derecho al contradictorio, en su sentido moderno (fuerte), es considerado como un derecho fundamental procesal.					X
2	El derecho al contradictorio permite que las partes procesales tengan las mismas oportunidades para probar y alegar, a fin de que sea amparada la hipótesis fáctica que han llevado al juicio.					X
3	El derecho al contradictorio facultaría a que los actos procesales se desarrollen con conocimiento de todos aquellos que pudiesen resultar afectados o que tengan algún tipo de interés en el resultado del referido acto.					X
4	En el desarrollo de un proceso de familia, en el que se discute algún derecho de los infantes, no solo se encuentra en disputa los intereses de las partes procesales, sino también el de los menores de edad involucrados en el litigio.					x
5	Dentro del desarrollo de un proceso de familia, será el juez de familia el principal encargado de velar por la adecuada y oportuna tutela del interés del menor de edad involucrado en el litigio.					X
6	Las medidas cautelares tendrían como fin asegurar la futura eficacia de la decisión definitiva en el proceso principal (proceso de cognición o proceso ejecutivo); por tal motivo, serían una manifestación de la tutela cautelar.					X
7	Las medidas temporales sobre el fondo tendrían como fin satisfacer anticipadamente la tutela que se obtendría con la					x

	decisión definitiva; por tal motivo, serían una manifestación de la tutela anticipada.					
8	Los presupuestos para la concesión de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la necesidad impostergable de quien lo pide, la firmeza de la demanda y prueba aportada y el interés superior del menor de edad involucrado en el litigio.					x
9	El contradictorio previo en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes permitirá que se escuche a la parte demandada, al menor de edad y a cualquier tercero que pueda aportar información relevante para la dilucidación del pedido.					x
10	Las excepciones que justifican que el contradictorio sea diferido en la tramitación de las medidas temporales sobre el fondo vinculadas con los derechos de los infantes son la urgencia de la obtención de la anticipación de la tutela y el peligro de infructuosidad.					x