

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**Determinación de la tutela anticipada como
manifestación de la tutela jurisdiccional
efectiva en el Código Procesal Civil**

Manuel Alejandro Mendoza Amaro

Para optar el Título Profesional de
Abogado

Huancayo, 2021

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental por brindarme, apoyo y sus conocimientos en mi proceso de formación profesional y académica dentro de las aulas universitarias y el incentivo a realizar esta investigación.

Así también un especial agradecimiento a mi asesor de tesis, el Dr. Paulo Cesar Castro Flores, quien fue uno de mis maestros en la universidad, de quien rescato su vasto conocimiento, su apoyo y la oportunidad que me brindó para conocer más el ámbito procesal, rama que con mucho gusto pretendo seguir estudiando con tanta devoción como mi maestro.

Quiero agradecer infinitivamente a mi madre por su siempre apoyo pese a que no puse las cosas fáciles, sin embargo, siempre estuvo presente con su incondicional apoyo en mi etapa de formación académica, profesional y personal.

DEDICATORIA

A los presentes ausentes que siempre
estarán con nosotros.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	ii
DEDICATORIA	iii
ÍNDICE	iv
LISTA DE TABLAS	vii
LISTA DE FIGURAS	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	xi
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	3
1.2.1. Problema general	3
1.2.2. Problema específico	3
1.3. Objetivos	4
1.3.1. Objetivo general	4
1.3.2. Objetivo específico	4
1.4. Justificación e importancia	4
1.4.1. Justificación práctica	4
1.4.2. Justificación teórica	4
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	6
2.1. Antecedentes del problema	6
2.1.1. Antecedentes internacionales	6
2.1.2. Antecedentes nacionales	8
2.1.3. Antecedente doctrinal	9
2.1.4. Antecedentes jurisprudencial	11
2.2. Marco teórico	13
2.2.1. Tutela jurisdiccional efectiva	13
2.2.1.1. Jurisdicción	15
2.2.1.2. Debido proceso	16
2.2.1.2.1. Debido proceso material	17
2.2.1.2.2. Debido proceso formal	18
2.2.1.3. Manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva	19
2.2.1.3.1. Tutela cognitiva	19
2.2.1.3.2. Tutela cautelar	22
2.2.1.3.3. Tutela ejecutiva	23
2.2.2. Medida cautelar en el ordenamiento peruano	24

2.2.2.1.	Características de la medida cautelar.....	25
2.2.2.1.1.	Provisionalidad.....	27
2.2.2.1.2.	Instrumentalidad.....	28
2.2.2.1.3.	Prejuzgamiento.....	29
2.2.2.2.	Requisito de la medida cautelar.....	30
2.2.2.2.1.	Fumus bonis iuris.....	30
2.2.2.2.2.	Periculum in mora.....	34
2.2.2.2.3.	Contracautela.....	35
2.2.3.	Medida cautelar temporal sobre el fondo.....	37
2.2.3.1.	Características.....	38
2.2.3.2.	Tipos.....	40
2.2.3.3.	Desnaturalización de la medida.....	42
2.2.4.	Tutela anticipada.....	44
2.2.4.1.	Características de la tutela anticipada.....	48
2.2.4.1.1.	Contradictorio.....	48
2.2.4.1.2.	Provisional.....	50
2.2.4.1.3.	Instrumental.....	50
2.2.4.2.	Requisitos de la tutela anticipada.....	50
2.2.4.2.1.	Declaración de casi certeza.....	50
2.2.4.2.2.	Prueba.....	53
2.2.4.2.2.1.	Valoración de la prueba.....	54
2.2.4.2.2.2.	Sana critica.....	56
2.2.4.2.3.	Daño inminente e irreparable.....	57
2.2.4.2.4.	Reversión.....	59
2.2.5.	Vía procedimental y competencia.....	60
2.2.5.1.	Proceso especial.....	61
2.2.6.	Tutela anticipada y el derecho comparado.....	64
2.2.6.1.	Tutela anticipada en Brasil.....	64
2.2.6.2.	Tutela anticipada en Italia.....	67
2.2.6.3.	Tutela anticipada en Argentina-La Pampa.....	70
2.3.	Definición de términos básicos.....	71
CAPITULO III: HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS.....		74
1.1.	Hipótesis y descripción de categorías.....	74
1.1.1.	Hipótesis general.....	74
1.1.2.	Hipótesis específica.....	74
1.1.3.	Categorías.....	74
CAPÍTULO IV: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....		77
4.1.	Enfoque, diseño, alcance y tipo de la investigación.....	77

4.1.1.	Enfoque de la investigación: cualitativo.....	77
4.1.1.1.	Tipo de investigación general: básica.....	77
4.1.1.2.	Tipo de investigación jurídica: proyectiva.....	78
4.1.2.	Nivel de investigación: descriptivo.....	78
4.1.3.	Método de investigación	79
4.1.4.	Diseño de investigación: no experimental-longitudinal	79
4.1.5.	Universo, población y muestra.....	80
4.1.6.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	81
4.1.6.1.	Bibliografía y/o documental: análisis documental	81
5.1.	Resultados del tratamiento de la información.....	82
5.2.	De las fortalezas y debilidades	85
CONCLUSIONES		87
RECOMENDACIONES		88
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		91
ANEXOS.....		94

LISTA DE TABLAS

Tabla 1 La verosimilitud del derecho y su dogmática.....	32
Tabla 2 La diferencia de la medida temporal sobre el fondo con las otras cautelares	44
Tabla 3 Medida temporal sobre el fondo y sus vías procedimentales	61
Tabla 4 Muestras, población y universo.....	81

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Tutela Jurisdiccional Efectiva,	14
Figura 2: Tutela Jurisdiccional Efectiva	14
Figura 3: Jurisdicción.....	16
Figura 4: Debido Proceso	17
Figura 5: Manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional Efectiva	19
Figura 6: Procesos Cognitivos	20
Figura 7: Etapas del Proceso	20
Figura 8: Naturaleza Cautelar	23
Figura 9: Tipos de Medidas Cautelares.....	25
Figura 10: Características de Las Medidas Cautelares	26
Figura 11: Características de Medidas Cautelares.....	29
Figura 12: Requisitos de Medidas Cautelares.....	30
Figura 13: Verosimilitud.....	30
Figura 14: Medida Temporal sobre el Fondo.....	37
Figura 15: Tutela Anticipada.....	48
Figura 16: Casi Certeza	51
Figura 17: Funciones Probatorias	52
Figura 18: Tipos de Valoración de la Prueba	55
Figura 19: Sana Critica.....	56
Figura 20: Daño Inminente e Irreparable	58
Figura 21: Daño.....	59
Figura 22: Reversión	60
Figura 23: Causas de Acción	61
Figura 24: Proceso Especial, Elaborado por el Propio Autor.....	62
Figura 25: Plazo de Inadmisibilidad	63
Figura 26: Apelación.....	63
Figura 27: Tipos de Tutela Provisional	65
Figura 29: Manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional Efectiva	83

RESUMEN

La presente investigación desarrolla el problema de una institución procesal que desnaturaliza a otra, nos referimos a la tutela cautelar que dentro de ella regula a la tutela anticipada, como si ella fuera otro tipo de medida cautelar, tal problema es el que consideramos punto central de esta investigación.

Este trabajo desarrolla y analiza la estructura de la tutela cautelar, regulada en nuestro ordenamiento jurídico, que ocurre ella tiene características como sus requisitos de procedencia y elementos propios, se destaca que esta medida busca la eficacia y efectividad de la ejecución de una sentencia final; sin embargo, al analizar sus tipos regulados en el Código Procesal Civil, nos encontramos con una especie llamada medidas temporales sobre el fondo, las cuales requieren de requisitos especiales para su concesión y sus efectos son muy diferentes a la de una cautelar, por lo que identificamos que esta especie sugiere una naturaleza anticipada.

En ese sentido el objetivo de esta investigación es analizar la institución cautelar como tal y la anticipada en conformidad con experiencias de otros ordenamientos jurídicos, además de arribar a nuestra propuesta que es establecer la tutela anticipada como una institución propia y autónoma, a fin de que esta esta pueda aplicarse en nuestro sistema y así dar una protección, a una mayor cantidad de situaciones jurídicas que ya no pueden ser atendidas por una tutela clásica.

Esta investigación siguió una metodología de tipo básico-descriptiva por lo que su aporte es dogmático y aclaratorio.

Palabras clave: institución procesal, tutela cautelar, tutela anticipada, medida temporal sobre el fondo.

ABSTRACT

The present investigation develops the problem of an institution that denaturalizes another, in conformity with what is regulated in our civil procedural code, we are talking about the precautionary guardianship that in it regulates an anticipated guardianship, as if it were a type of precautionary measure, such problem that we consider a central point of this investigation.

This research develops and analyzes the structure of the precautionary regulated guardianship in our legal system, starting from the fact that it has its own characteristics such as its requirements of origin and elements, highlighting that this measure seeks the efficiency and effectiveness of the execution of a final sentence. However, when analyzing its types regulated in the code, we find a species called temporary measures on the background, which require special requirements for their concession and their effects are very different from the nature of the precautionary theory, and we identify that this species suggests an anticipated nature.

In this sense, the object is analyzing the precautionary institution as such, and the expected one in accordance with experiences in other legal systems, we come up with our proposal to establish the anticipated guardianship as an institution of its own, so that it can be applied in our system and in this way give protection to a greater number of legal situations that can no longer be dealt with by a classic guardianship.

This research followed a basic - descriptive methodology, its contribution being dogmatic and explanatory.

Key Words: procedural institution, precautionary guardianship, advance guardianship, temporary measure on the fund

INTRODUCCIÓN

Esta investigación surgió a partir de una discusión que se llevó a cabo en las aulas de la universidad con respecto al análisis de una institución procesal que es la tutela cautelar, exactamente el análisis fue que a uno de sus tipos (que es la medida cautelar temporal sobre el fondo) y partiendo del conocimiento otorgado por los profesores de los cursos en materia procesal, siempre nos señalaron los elementos típicos y requisitos para la concesión de esta medida, sin embargo, bajo el análisis integral de este tipo de medida, nos topamos que quebraba el esquema estructural de la teoría cautelar y aún más iba en contra de los fines y la naturaleza de este tipo de tutela, motivo por el cual nos llevó a realizar la presente investigación.

Habiendo encontrado los motivos de la investigación y con ella evidenciar el problema, que se centra en la desnaturalización de una institución procesal, que realmente no es nuevo para nuestro sistema jurídico ni para el derecho comparado, y que la teoría cautelar parte en sus inicios de los maestros italianos Carnelutti (2005) y Calamandrei (2005), quienes desarrollaron lo que es el Código Procesal Civil italiano y dejaron las bases de esta institución, tanto para su ordenamiento y la historia jurídica. Ahora lo que pasa en nuestro ordenamiento es que, en nuestro Código Procesal Civil, no solo existe una desnaturalización, sino que existe un ocultamiento de una institución procesal, en sí, por lo que se presenta como una nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva. Por tanto, estamos hablando de la tutela anticipada que es desnaturalizada y ocultada por las medidas cautelares temporales sobre el fondo.

Dentro de esta investigación presentamos antecedentes, que brindan el sustento a este trabajo, que ocurre mediante una recolección de datos que encontramos a nivel internacional como la tutela anticipada que se da bajo una forma autónoma, pero como parte de la tutela jurisdiccional efectiva. Esto lo afirmamos de acuerdo con nuestros antecedentes internacionales y con los nacionales que nos brindan una claridad sobre

la naturaleza y ciertas características propias de la tutela anticipada, lo que nos lleva a desarrollar nuestro marco teórico, así también con apoyo de nuestros antecedentes doctrinales y jurisprudenciales.

Además, luego de haber establecido la motivación y el problema de esta investigación, nuestros objetivos, que son el describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil. Además, como objetivos específicos se busca estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada y determinar si es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil.

Asimismo, los métodos de recolección de datos estuvieron conformado por la recopilación de datos y almacenamiento de información importante, como el fichaje de libros, artículos, entrevistas jurisprudencia y comentarios, teniendo en cuenta la naturaleza básica de esta investigación.

Además, el aporte e importancia de esta investigación es que demostramos la desnaturalización de la tutela anticipada que se encuentra regulada como una medida cautelar temporal sobre el fondo, y mediante la investigación brindamos un soporte dogmático y desarrollamos sus propias características y el proceso especial bajo el cual se regularía en nuestro ordenamiento jurídico. Tomando en cuenta que no importamos una tutela con naturaleza de otras sociedades, sino nuestra propuesta se da mediante la utilización de mecanismos ya regulados en nuestro sistema, de esta forma esta tutela podrá brindar todos sus efectos sin limitación alguna y sin que sea desnaturalizada.

Los alcances de esta investigación radican en que buscan dar claridad conceptual a lo que viene a ser la teoría cautelar, sus elementos y efectos que otorga con su concesión, para después analizar lo que es la tutela anticipada como manifestación

autónoma de la tutela jurisdiccional efectiva, esta que se encuentra desnaturalizada por un tipo de medida cautelar; las limitaciones de este trabajo se centran en la delimitación metodológica que se le dio, que ocurre este trabajo está enfocado a lo que es el proceso civil, sin embargo, lo que es la tutela anticipada se presenta y es aplicable en otras ramas del derecho.

A fin de culminar esta introducción es menester señalar que esta investigación desarrolla los siguientes capítulos: I Planteamiento de Estudio que planteará la problemática, objetivos y justificación de la investigación. El II Marco Teórico, donde se encontrará los antecedentes, sus niveles y el desarrollo descriptivo de las categorías de investigación. El III Hipótesis y Categorías, en el cual se evidenciará las respuestas al problema planteado y el listado de las categorías que se utilizó para llegar a esa respuesta. El IV Aspectos Metodológicos donde se mostrará los alcances metodológicos de esta investigación y los tipos de instrumentos de recolección de datos que se utilizó. Finalmente, el V Resultados y Discusión, donde básicamente figura la muestra de los resultados y la eficacia de esta investigación.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

En la presente investigación, se desarrollarán el planteamiento y la formulación, además se establecerán los objetivos, la justificación y la importancia de este estudio.

1.1. Planteamiento del problema

Debemos partir desde la idea que, dentro de toda sociedad en su componente natural, que son las personas, siempre van a existir conflictos de intereses, morales o económicos. Es así como en casos que no se puedan solucionar estos conflictos entre las mismas partes de una manera pacífica, nace la necesidad de acudir a un tercero que pueda defender dichos intereses. De ese modo, se presenta el estado como órgano constitucional, reconocido por las personas, cuya función, entre otras, es la de administrar justicia. En consecuencia, nace el derecho de acceso a la justicia entendido como tutela jurisdiccional efectiva, que, dentro de una de sus vertientes, se expresa cuando una persona tiene un conflicto jurídico relevante, y acude al estado para defender sus intereses ante un tribunal justo e imparcial.

De este modo, dentro del derecho de tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano, se registran tres tipos de manifestaciones: tutela cognitiva, tutela cautelar y tutela ejecutiva. La primera busca determinar si una de las partes tiene un mejor derecho en relación con el conflicto. La segunda, la tutela cautelar, busca defender la ejecución de una sentencia emitida por un tribunal. La tercera, se expresa cuando un derecho es reconocido a través de una sentencia u otra forma de reconocimiento legal, protegiendo su ejecución de manera inmediata.

Dichas manifestaciones son reconocidas en la normativa bajo la teoría clásica, y es ahí donde radica el problema; pues estas teorías provienen del siglo anterior, donde se daba mayor importancia a los procesos cognitivos y el desarrollo de estos,

como principal manifestación de tutela. Sin embargo, es difícil frenar la evolución de la sociedad y con ella las nuevas situaciones jurídicas que deben ser atendidas, ya que con la evolución, se da nuevas circunstancias que ya no pueden ser tuteladas por la teoría clásica, dada su naturaleza de urgencia.

Ahora bien, el Código Procesal Civil, dentro de la regulación de los tipos de tutela cautelar, dispone el subcapítulo dos que prescribe las medidas temporales sobre el fondo. Debido a su ubicación, da la apariencia que esta solo es un tipo de una medida cautelar; sin embargo, partiendo de la esencia de su regulación, nos damos con la sorpresa que sus artículos, en toda su expresión, desnaturaliza a la tutela cautelar, que exige otros presupuestos que no pertenecen a ella y sobre todo regula una nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, que es la tutela anticipada.

La tutela anticipada se presenta ante situaciones donde existe un daño inmediato a un derecho, en el que la parte afectada quiere evitar su continuación o prevenir su creación. De esta manera, surge dicha figura procesal, la misma que nació junto con las otras tutelas; y debido al tiempo en el que se presentó no se ha dado un debido desarrollo y se trató como una medida cautelar innominada o también conocida como atípica, por lo que se convirtió en un problema que la sociedad tiene que afrontar por las nuevas situaciones emergentes que deben ser atendidas.

En consecuencia, habiendo encontrado tal problema, que no solo expresa una mala regulación, sino manifiesta una completa desnaturalización a una institución jurídica y limita los alcances de acceso a la justicia en su dimensión de cautela de derechos, se plantea como solución la propuesta de la modificación al actual Código Procesal Civil, lo que implica la derogación de las medidas cautelares temporales sobre el fondo y la creación de un capítulo especial dedicado a la tutela anticipada,

que tenga sus propios requisitos y características bajo la forma de un proceso especial.

De ahí que, la importancia de la hipótesis radica en tres aspectos importantes. En primer lugar, dar a conocer la desnaturalización del subcapítulo, que regula a las medidas temporales sobre el fondo, como una medida de tipo cautelar. Segundo, advertir que dicha desnaturalización limita los alcances de la tutela anticipada como nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, para evitar proteger ciertas situaciones donde existe un daño inmediato. Por último, explicar y establecer la naturaleza de una nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, desarrollándola a su nivel estructural, así como exponiendo sus alcances, en un proceso civil, que pueda servir para resolver las nuevas pretensiones urgentes que no pueden esperar el plazo de un proceso de conocimiento y tampoco se puede ser atendida bajo la tutela cautelar.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Es posible explicar la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil?

1.2.2. Problema específico

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tutela anticipada?
- ¿Es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil.

1.3.2. Objetivo específico

- Estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada.
- Determinar si es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil.

1.4. Justificación e importancia

1.4.1. Justificación práctica

El presente trabajo de investigación permite identificar la mala regulación de una institución procesal autónoma, que no es parte de la teoría cautelar, ya que la importancia de su incorporación de la tutela anticipada tiene como fin el no generar incertidumbre a la sociedad, lo que requiere una nueva solución más eficaz y célere frente a eventos urgentes que no pueden ser atendidas por procesos comunes. Es así como se identificará la naturaleza de la tutela cautelar y su aplicación correcta en los procesos civiles, como también la incorporación al sistema jurídico, como una nueva tutela anticipada, y su aplicación como un proceso especial.

1.4.2. Justificación teórica

A través del presente trabajo de investigación se pretende hacer de conocimiento de lo siguiente: “No podemos ignorar que las leyes y los códigos se corresponden a una época, son obra de su tiempo, sin embargo, las circunstancias y las necesidades de las sociedades cambian, pero las normas permanecen” (Martínez,

2015, p. 175). Por lo citado, hay que tener en cuenta, la existencia de nuevas situaciones que ya no son protegidas por la teoría clásica, y debemos comprender lo que es una medida cautelar, los requisitos para su concesión y sus efectos. Sin embargo, lo que ocurre, a la fecha, con la actual regulación el tratamiento de dicha institución procesal es que se genera más confusión que claridad.

Tal es así que la importancia del presente trabajo radica en ilustrar una nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, que es la tutela anticipada, la cual busca atender los casos donde existe un daño inminente a un derecho material, lo que implica que sea considerada como una técnica procesal urgente; como también, en los que exista una necesidad impostergable, que por su propia naturaleza, debe ser cautelada de forma inmediata; desarrollando así, sus propias características, diferenciándose de la tutela cautelar.

Por lo tanto, la trascendencia del presente trabajo, a nivel teórico, reside en la colaboración en el esclarecimiento de esta nueva institución y en brindar una diferenciación completa, a partir de un análisis dogmático e identificación de los presupuestos de las nuevas manifestaciones, frente a las otras ya reconocidas.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema

2.1.1. Antecedentes internacionales

Villegas (2014) presentó la tesis “La tutela jurídica constitucional ecuatoriana dentro del estado social de derecho y justicia social de autoría compartida”, para optar el título de abogado en la Universidad Central de Ecuador, donde desarrolló una investigación que tiene como centro de estudio la Tutela Jurídica Constitucional, en el que concluye lo siguiente:

La Tutela es considerada como un medio de protección a los derechos de los seres humanos, que nace de la ley en beneficio de los seres humanos que forman parte del Estado, ahora si hablamos del derecho a la tutela judicial efectiva, encontramos que es el derecho que tiene toda persona para acudir ante los órganos jurisdiccionales y exigir que a través de los debidos causes procesales, con garantías mínimas, siguiendo un proceso debido; se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas (Villegas, 2014, p. 131).

Esta tesis aportará conceptos relevantes para la determinación de la primera categoría de estudio, en tanto, desarrolla la tutela jurisdiccional como un derecho fundamental de acceso a la justicia y de acceso a un tribunal justo e imparcial capaz de atender una situación que genere un daño a un derecho material.

A su vez, Retes (2011) presentó la tesis “La tutela anticipada en el ámbito Procesal Civil: un examen a las experiencias brasileña y chilena”, para optar el título de abogado en la Universidad Alberto Hurtado, donde desarrolló una investigación que tiene como objeto de estudio la tutela anticipada en el ámbito procesal, sobre la cual establece:

En los diversos procesos de reforma a los sistemas procesales civiles que aún se llevan a cabo en Latinoamérica, la tutela anticipada se levanta como un medio comprobado para alcanzar una mayor eficacia del proceso civil, para evitar que durante el transcurso del proceso la parte que tenga una posición más fuerte o ventajosa obtenga a través de la auto tutela derechos que no le corresponden, generando para la parte más débil un daño difícilmente reparable (Retes, 2011, p. 41).

Este antecedente es significativo para la presente investigación, ya que su estudio radica en el reconocimiento de la tutela anticipada como herramienta para generar mayor eficacia en los procesos civiles gracias a su naturaleza, atender las situaciones de emergencia, las cuales no son atendidas por los procesos cognitivos o cautelares; así como evitar algún tipo de lesión a una de las partes procesales.

Por su parte, Baires (2008) presentó la tesis “La tutela anticipada en el derecho administrativo salvadoreño: especial referencia a las medidas innovativas”, para optar el título de abogado en la Universidad del Salvador, donde desarrolló una investigación que tiene como centro de estudio la tutela anticipada donde concluye lo siguiente:

Primera conclusión: La índole del derecho subjetivo que se debate en el proceso requiere la temprana intervención del juez por medio de las formas procesales todo para hacer que el derecho de acceso a la jurisdicción sea efectivo. Para no volver ilusorio la sentencia definitiva.

Segunda conclusión: La efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción se manifiesta de diversas formas; entre las cuales, se encuentran las medidas cautelares, pero también otras especies urgentes como la tutela anticipada (Baires, 2008, p. 311).

La relevancia de la citada tesis estriba en que establece una nueva manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, reconociendo a la tutela anticipada como una forma de acceso a la justicia y admitiéndola como una nueva especie que será desarrollada en la presente investigación, con el soporte de los antecedentes presentados.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Vega (2017) presentó la tesis “La tutela sumaria anticipatoria en el proceso civil de conocimiento como resultado de la técnica de la ponderación aplicada al conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, en los casos en que la pretensión es susceptible de valoración económica”, para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde desarrolló una investigación que tiene como objeto de estudio la tutela sumaria anticipatoria donde concluye lo siguiente: “Las medidas anticipadas permiten la solución adecuada del conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, así como entre sus derechos constitucionales de propiedad” (Vega, 2017, p. 143).

A partir de las ideas expresadas en esta tesis, se obtendrá las conclusiones temáticas que aportaran en el desarrollo del marco teórico, partiendo de que el autor ya tiene una posición respecto de la naturaleza de la tutela anticipada configurándola como una solución adecuada ante determinados conflictos.

Por su parte, Acuña (2017) presentó la tesis “Un análisis crítico de la aplicación de la regla inaudita altera parte en el Código Procesal Civil Peruano”, para optar el título de Magister en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde tiene como eje principal el estudio del proceso cautelar y la diferencia con la tutela anticipada:

El respeto hacia con la Constitución, y principalmente al principio de contradictorio y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, nos llevan a reformular la interpretación literal que se le viene realizando al artículo 637° del Código Procesal Civil. Una interpretación aislada de cualquier parámetro constitucional. Para ello, es importante conocer la diferencia entre la tutela cautelar y la tutela anticipada, y lo que cada una de ellas involucra sobre la esfera personal y patrimonial de la parte afectada. De esta manera, podemos determinar que en la tutela anticipada se hace, aun, más necesario una interpretación constitucional del artículo (Acuña, 2017, p. 70).

La trascendencia de esta tesis se fundamenta en la diferencia dogmática que se hace entre tutela anticipada y tutela cautelar, partiendo de la interpretación al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva, regulado en nuestra constitución, e identificando su relevancia. Siendo importante para la presente investigación, dado que en esta se pretende realizar una diferencia estructural que ayude a entender mejor la naturaleza de cada una.

2.1.3. Antecedente doctrinal

Renzo Cavani (2013) nos explica que, dentro de nuestra sociedad jurídica, varios doctrinarios ya desarrollan la importancia de la tutela anticipada, mientras que en el derecho comparado, varios países ya la tienen incorporada en su sistema jurídico, por lo que se convirtió en una nueva corriente del sistema procesal.

Con relación a las medidas temporales sobre el fondo y la tutela anticipada, nos refiere lo siguiente:

Es nítida la diferencia fue empañada por el CPC al regular las llamadas medidas temporales sobre el fondo (artículos 674 y ss., de la cual, por ejemplo, la llamada “asignación anticipada” es una especie), las cuales no son otra cosa

que auténticos proveimientos capaces de otorgar satisfacción anticipada del derecho reclamado. Por lo tanto, la tutela satisfactiva anticipada se diferencia de la tutela cautelar porque el proveimiento anticipatorio se relaciona directamente con el mérito del proceso, es decir, con la *res in iudicium deducta* (Cavani, 2013, párr. 3).

La importancia de este comentario se halla en la diferenciación de la tutela anticipada, partiendo de la aplicación práctica de las supuestas medidas temporales sobre el fondo e identificando su mala regulación actual en el Código Procesal Civil Peruano. De manera que, dicha tutela, al ser desplegada en toda su naturaleza como institución, puede generar mayores efectos en el acceso a la justicia.

A su vez, Jorge Peyrano (2012), uno de los mejores procesalistas de nuestra época, promueve esta institución materia de investigación y establece lo siguiente:

La emisión de una sentencia anticipatoria presupone la concurrencia de varios requisitos severos (escuchar al destinatario de la sentencia anticipatoria, acreditar *prima facie* una fortísima verosimilitud del derecho alegado por la actora, prestar contracautela real e idónea para, en su caso y momento, restituir lo percibido provisoriamente, que la traslación de derechos provisoria que se dispone sea sobre materia fácilmente reversible), entre los cuales destaca el factor “urgencia” que funciona como un acelerador de los tiempos normales del proceso civil (p. 83).

De lo citado debemos partir de dos puntos, a efectos de utilidad para la presente investigación. En primer término, el reconocimiento de una fortísima verosimilitud, ya que es una de las bases que se sigue para la declaratoria de la casi certeza (punto importante que se desarrollará en su oportunidad). En segundo lugar,

este tipo de tutela tiene naturaleza de urgente, que es un requisito para la concesión de una tutela anticipada.

Por su parte, Luis Marinoni (2000), maestro brasileño y uno de los grandes exponentes de esta teoría, nos da un enfoque desde la eficacia de los procesos cognitivo y su falta de satisfacción a situaciones urgentes, en ese sentido, señala lo siguiente:

La tutela anticipatoria rompe con el principio de nulla executio sine título, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución. Es importante recordar que Chiovenda, al constatar la separación entre la definitividad de cognición y la ejecutoriedad en la ejecución provisoria de la sentencia afirmo ser esta ultima una figura anormal porque nos presenta una acción ejecutoria no coincidente, de hecho, con la certeza jurídica (p. 178.)

Se observa el peso de este antecedente, debido a que trata de una diferencia ante la tutela clásica y su efectividad; no obstante, se debe admitir que ya se adopta el carácter de certeza, como elemento de esta nueva manifestación y como elemento de la tutela anticipada.

2.1.4. Antecedentes jurisprudencial

Se presentan sentencias en cuyas decisiones se otorgan medidas anticipadas bajo la apariencia de medidas cautelares:

Primera sentencia, la cual se toma como antecedente jurisprudencial. Al respecto, tenemos lo siguiente:

SEGUNDO: DÍCTESE las siguientes medidas cautelares: 1. OTORGO LA TENENCIA PROVISIONAL de los menores MARLY LUCERO, CADIJA CIELO Y JHAREN ENRIQUE MACHUCA JAVIER de 10, 8 y 4 años, respectivamente

a favor de su señora madre doña FLORA JAVIER CORDOVA; 2. ORDENO que el denunciado ENRIQUE MARCELINO MACHUCA ESPINOZA cumpla con pagar una asignación anticipada de alimentos del monto de cuatrocientos cincuenta nuevos soles (S/. 450. 00) mensuales y adelantados, a razón de ciento cincuenta nuevos soles (S/. 150. 00) por cada hijo, para lo cual la actora apertura una cuenta de ahorro en el Banco de la Nación, para cuyo efecto CÚRSESE oficio (00858-2016-0-1501-JR-FT-02, 2016).

De esta resolución, se advierte que el denunciado tiene que cumplir con aportar un monto mensual, asignación anticipada de alimentos, bajo la forma de una medida cautelar. Así se puede percibir que, con esta supuesta medida cautelar, se está satisfaciendo una pretensión, situación que va contra la naturaleza de ella. En consecuencia, se debe entender que esta nueva tutela, a nivel práctico, ya se está dando, pero no correctamente.

Segunda sentencia, de la cual se nota que se reconoce la naturaleza de las medidas cautelares, pero aún existe un vacío respecto a ello. En ese orden de ideas, se tiene:

Séptimo. - En tal sentido, de las características anotadas se concluye que una medida cautelar no tiene existencia por sí misma, no tiene firmeza ni permanencia en el tiempo. Por consiguiente, se advierte que tales notas caracterizan a la posesión otorgada por el juzgado a la demandante mediante la medida cautelar ejecutada el día veintiuno de abril del año dos mil ocho, tal como consta en el documento de fojas noventa y dos y siguientes del expediente principal; es decir, si bien se le restituyó la posesión del bien sub Litis, ésta es no tiene firmeza por ser provisional, además depende de un proceso principal, razón por la cual es perfectamente procedente que la demandante solicite la restitución definitiva de la posesión en el proceso (principal) incoado mediante la demanda obrante a fojas ciento diez (Casación N.º 738-2010).

De la citada, se debe tomar en cuenta que los jueces supremos nos establecen que, en los casos de ejecución anticipada de desalojo y cuando se otorga la medida, no se tiene firmeza, por tener un carácter provisional. Este razonamiento genera preocupación, ya que, con el otorgamiento de dicha medida, se está generando una satisfacción de la petición del solicitante; es más, se podría decir que se estaría declarando fundada una pretensión principal, y esto involucraría la desnaturalización de lo que se entiende como medidas cautelares, dejando un eslabón suelto, respecto a esta nueva situación.

2.2. Marco teórico

2.2.1. Tutela jurisdiccional efectiva

Cuando se habla de tutela jurisdiccional efectiva, se hace alusión a un derecho fundamental inherente a todos, por ser sujetos de derecho. Al respecto, Carrión (2014), menciona lo siguiente: “por ello se propicia que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio y/o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso” (p. 30). De lo advertido, debemos entender que funciona como el derecho de acceso a la justicia a fin de defender un interés económico, moral o patrimonial en un proceso justo, protegido por las reglas del derecho al debido proceso y los subderechos que surgen de este.

Es importante lo que afirma Ledesma (2015), sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: “El derecho a la tutela jurisdiccional permite que toda persona sea parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional sobre las pretensiones planteadas. Este derecho se reconoce tanto a personas físicas o naturales como a personas jurídicas o colectivas” (p. 29). Con relación a ello, se debe rescatar que este derecho si bien nos da el acceso a la justicia, también es una forma de poder ingresar a un proceso donde se defienden intereses, denominados pretensiones dentro del proceso.

En este contexto, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, además del acceso a la justicia, presenta las reglas que norman un proceso, los que se encuentran establecidos por el derecho al debido proceso, y serán desarrollados en el apartado correspondiente.

Sin embargo, hablar de procesos donde se defenderán intereses de diferentes indoles, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva presenta manifestaciones, denominadas: tutela cognitiva, tutela cautelar y tutela ejecutiva. Estas proceden de la teoría clásica que regulan situaciones donde se busca saber quién tiene mejor derecho, la ejecución de un derecho ganado y la protección preventiva de una posible sentencia a favor de una de las partes; teoría admitida por el Código Procesal Civil de 1993. Al respecto, cabe destacar algo importante, y es que la sociedad cambia constantemente, por lo que el derecho debe adecuarse y regular las nuevas realidades que presenta la sociedad, sin conformarse con una teoría clásica, que si bien es cierto hasta la fecha ha funcionado, aun así, se requiere nuevas fórmulas procesales que generen más eficacia y protección rápida.

Referente a eso, se tiene que la teoría clásica que comprende lo siguiente:

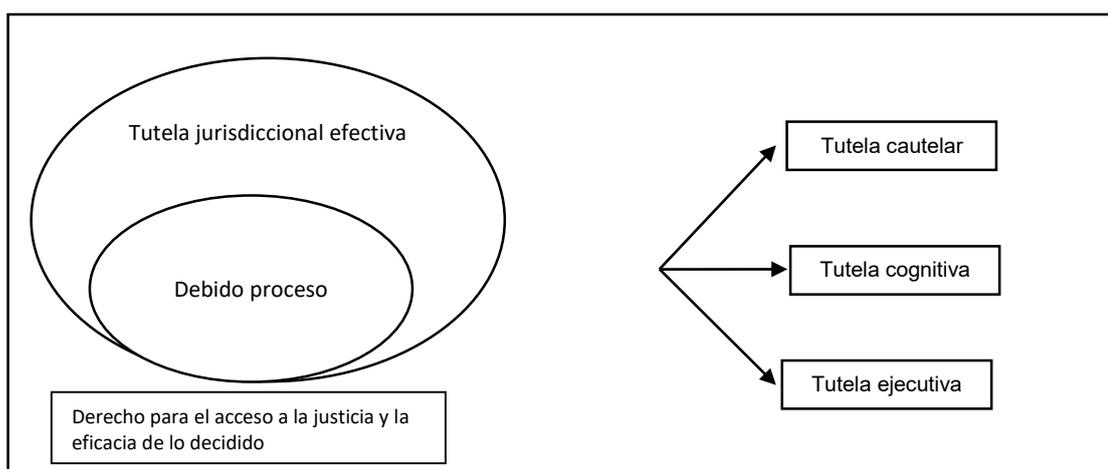


Figura 2. Tutela jurisdiccional efectiva.

Del citado gráfico, damos a conocer lo que implica la tutela jurisdiccional efectiva, la cual contiene al debido proceso y las funciones principales: acceso a la

justicia y la eficacia de lo decidido por una corte. Asimismo, se presenta sus tres manifestaciones provenientes de la teoría clásica del derecho procesal.

2.2.1.1. Jurisdicción

Es importante hablar de la jurisdicción, puesto que es un elemento básico de la tutela jurisdiccional efectiva, que ocurre esta palabra cuenta con varios significados para nuestro ordenamiento jurídico. Si se parte de la concepción del maestro Eduardo Couture (2005), se preceptúa lo siguiente:

En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia, como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público y su sentido preciso técnico de función pública para hacer justicia (p. 23)

Antes de partir con el análisis, se debe apuntar que Echandia (1997), quien entiende la jurisdicción: “como la soberanía del estado, aplicada por el conducto del órgano especial a la función de administrar justicia” (p. 97), por lo que, a fines de consolidar el análisis y partiendo de lo citado, solo se tocará las ideas de jurisdicción en el sentido de administración de justicia.

Para los objetivos de esta investigación, se adoptará la concepción de jurisdicción, en razón de su sentido técnico, como la función pública para la administración de la justicia, en la que el Estado propone mecanismos de defensa que se exteriorizan en un proceso, independientemente de la pretensión o el proceso que se siga. Sin embargo, es menester invocar a la reflexión que actualmente los mecanismos jurídicos para la defensa de intereses, los que se encuentran regulados en nuestro Código Procesal Civil y otros dispositivos, que no son suficientes, debido a que estos provienen de una generación anterior, lo cual limita el acceso a un proceso justo donde se defiendan los intereses de las partes procesales, que ocurre a la fecha

existen nuevas situaciones que ya no pueden ser defendidas con los mismos mecanismos.

En consecuencia, se presenta una propuesta que cumple con este requisito de jurisdicción. Para su aplicación solo necesita una modificación y creación de un nuevo subcapítulo en el Código Procesal Civil, en el que se estipule los requisitos formales para su aplicación práctica:

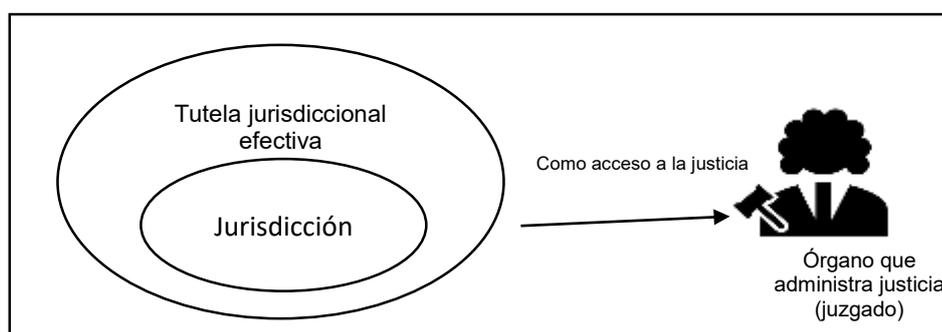


Figura 3: Jurisdicción

De este modo, la jurisdicción representa a la administración pública en calidad de acceso de justicia, lo que ocurre es que la administración suministra dicho acceso. Por eso, es primordial entender la jurisdicción de esa forma, para fines prácticos, en relación con una concepción procesal útil y de fácil comprensión.

2.2.1.2. Debido proceso

Al mencionar el debido proceso se hace referencia al principio rector del derecho procesal, cuyo contenido está constituido por otros principios que regulan la forma en que debe ser realizado dicho proceso, cumpliendo los parámetros establecidos en la Constitución y sin que genere un estado de indefensión o vulnerabilidad a algunas de partes intervinientes. Referente a ello, es indispensable resaltar lo que el maestro Rubio (2012), quien sostiene que “las normas de esta garantía están orientadas a eliminar la corruptela existente en el pasado, según la cual se instituía jueces especiales para juzgar y penar determinadas acciones” (p. 230). De

lo citado precedentemente se puede apreciar la importancia social de este principio rector, en su aplicación concreta dentro de un proceso y las repercusiones que puede presentar en la sociedad.

Se debe destacar que el debido proceso, de acuerdo con la gran tradición jurídica e historia, se ha clasificado en el debido proceso formal y material, de la siguiente manera:

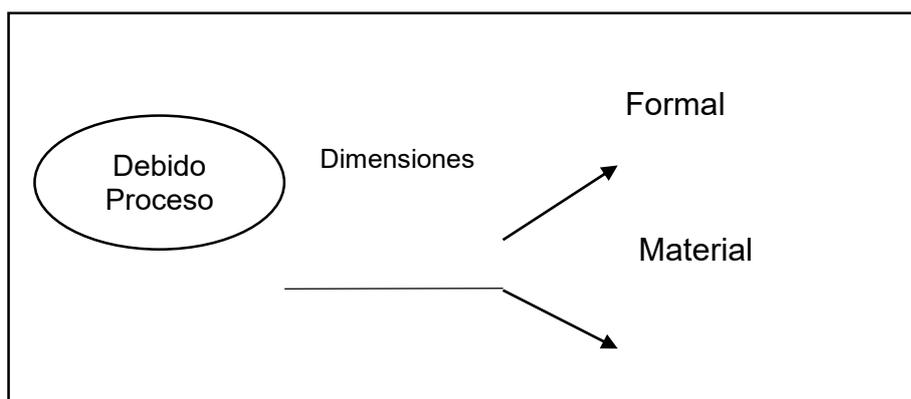


Figura 4: Debido proceso

2.2.1.2.1. Debido proceso material

Al mencionar el debido proceso material, también llamado sustancial, se debe tener en cuenta que esta dimensión está enfocada hacia la administración pública, la cual a través de sus operadores jurídicos tiene la obligación de efectuar una correcta valoración de las normas, proceder directamente relacionado con el valor supremo de la justicia, siendo esta uno de los fines filosóficos del proceso. Así, se debe invocar lo dispuesto por el Sexto Pleno Casatorio Civil (Corporación Financiera de Desarrollo Sociedad Anónima vs Fernández & Salas, 2012), que explica lo siguiente: “El debido proceso Sustancial está dirigido a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad” (p. 22). En consecuencia, la trascendencia de lo señalado se fundamenta en el aspecto social y el hecho de que dicha dimensión influya en la correcta aplicación de los preceptos normativos, para evitar la existencia

de algún abuso y que se vulnere el derecho de un sujeto que acude a la administración estatal.

En suma, el elemento sustancial tiene relación inmediata con los operadores jurídicos de la administración pública y la correcta aplicación e interpretación de la norma, tomando en cuenta la función ética de los servidores públicos para que puedan dar un proceso social estándar y aceptado por la comunidad.

2.2.1.2.2. Debido proceso formal

Terrazos (2004), afirma lo siguiente:

El debido proceso en su dimensión formal o procesal hace referencia a todas las formalidades y pautas que garantizan a las partes el adecuado ejercicio de sus derechos, pues, dichas reglas o pautas están previamente establecidas y permitirán que el acceso a un proceso o procedimiento, y su tramitación no sea formalmente irregular (p. 163).

A favor de lo citado, esta dimensión trata sobre el aspecto formal del proceso, el cual debe ser desarrollado bajo el cumplimiento de los requisitos de procedencia, regulados por los dispositivos legales como el Código Procesal Civil y las leyes especiales sobre cada materia a tratar en un proceso civil. Por otra parte, con el cumplimiento de los aspectos formales, se busca que, cuando se tramite el proceso, este no concluya en nulidades o sea obstaculizado. En atención a lo cual, esta dimensión presenta la presunción de ejecutar el buen derecho, en razón a lo establecido por la norma.

Las dos dimensiones del debido proceso son relevantes, dado que con ellas se busca un proceso eficaz y, dentro su aspecto procesal, se llegue a una verdad procesal justa para las partes; sin embargo, y a pesar de lo indicado anteriormente, la

aplicación de este principio se da básicamente en las manifestaciones clásicas de la tutela jurisdiccional efectiva, que son los tipos de procesos regulados en el Código Procesal Civil peruano.

2.2.1.3. Manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva

Se puede considerar que la tutela jurisdiccional efectiva presenta manifestaciones, así como tipos de procesos, que existen algunos litigios donde se tiene que debatir qué parte procesal tiene un mejor derecho frente al otro, otros donde solo se busca ejecutar un derecho ya reconocido y otros que buscan asegurar la ejecución de una decisión final.

En ese sentido, se tiene lo siguiente:

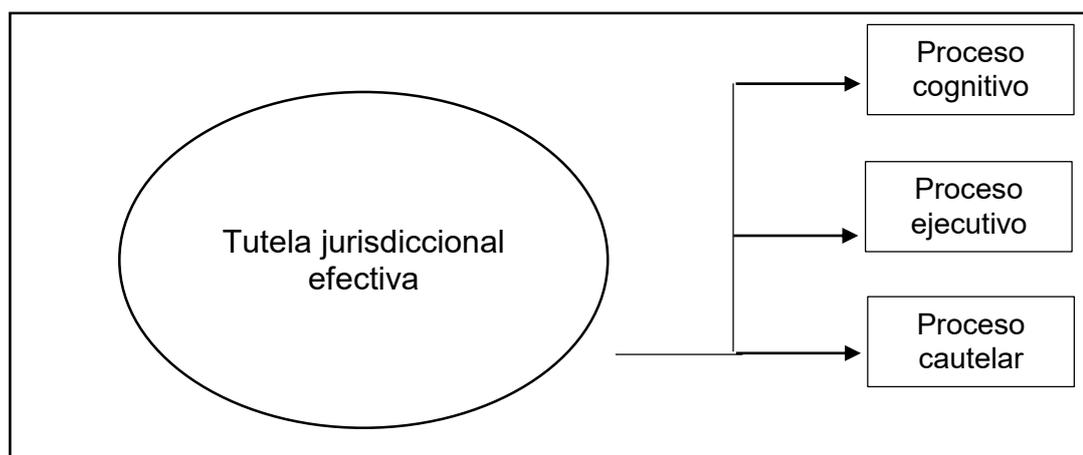


Figura 5: Manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva

Procesos que serán desarrollados en los siguientes apartados:

2.2.1.3.1. Tutela cognitiva

Esta tutela se presenta cuando un sujeto solicita a la administración de justicia que intervenga a fin de que le cautele un derecho que otro sujeto está transgrediendo o vulnerando. De tal forma que la tutela cognitiva reconoce un mejor derecho al demandante o demandado, reconocido a nivel procesal como pretensión.

El Código Procesal Civil del 1993, con todas sus modificatorias, regula tres tipos de procesos cognitivos:

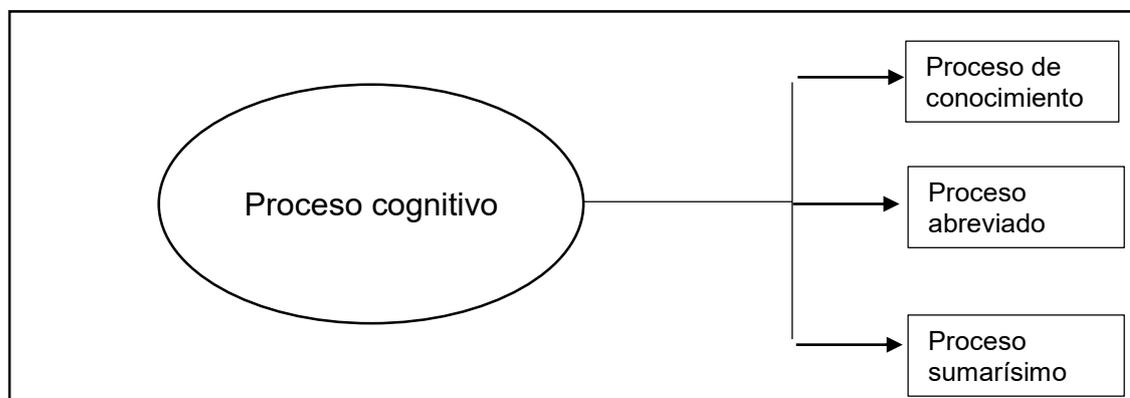


Figura 6: Procesos cognitivos

Cabe señalar que, en cada tipo de proceso cognitivo, se sigue una determinada pauta que contiene las siguientes etapas:

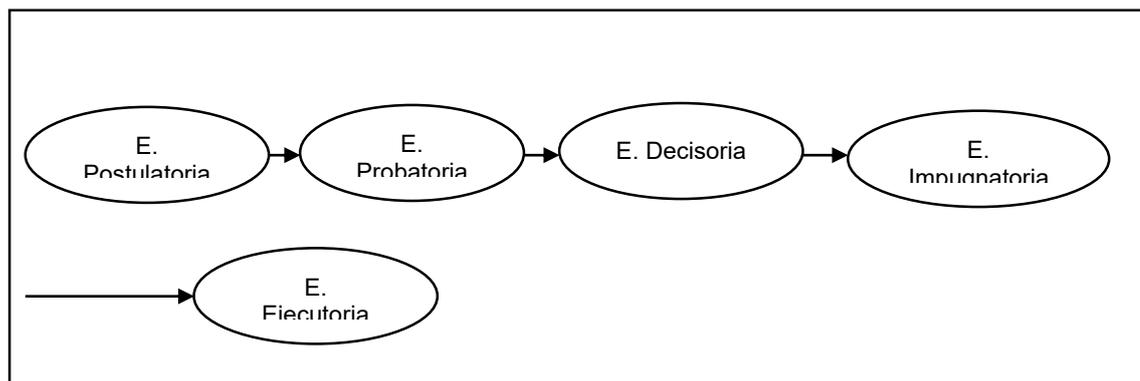


Figura 7: Etapas del proceso

En ese sentido el maestro Monroy (2009), refiere lo siguiente:

La primera, llamada **postulatoria**, es aquella en la que los interesados presentan al órgano jurisdiccional las materias que van a ser de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa. La segunda, la **probatoria**, como su nombre lo indica, discurre en la actividad de las partes destinada a acreditar que los hechos han ocurrido tal como los describieron en la etapa postulatoria. Aun cuando sea al paso, nótese el carácter dialéctico del proceso: las partes son oponentes respecto de las

tesis que plantean y también lo son en la afirmación simultánea de hechos disímiles que, finalmente, desembocan en el intento de probar tales afirmaciones. Siendo así, el proceso Judicial contiene una contradicción interna - una tesis y una antítesis que lo conduce inexorablemente a una síntesis, expresada por la decisión del Juez. La tercera, la **decisoria**, consiste en el acto lógico volitivo por el que el juzgador opta por una de las proposiciones fundamentadas y probadas en el desarrollo del proceso. Como resulta obvio, es el acto procesal más importante, casi la razón de ser del proceso. La cuarta, la **Impugnatoria**, se sustenta en el hecho que la etapa decisoria o de juzgamiento, siendo la etapa más importante del proceso es, finalmente, un acto humano, ergo, susceptible de error. Siendo así, las partes tienen el derecho de exigir un nuevo examen de la decisión obtenida, si consideran que ésta tiene un vicio o error y además les produce agravio. Esta es la etapa impugnatoria. La quinta y última etapa, la **ejecutoria**, está ligada al sentido finalístico del proceso. La búsqueda de una declaración judicial es, en estricto, la necesidad de contar con un instrumento que produzca un cambio en la realidad. Si la sentencia no pudiera cumplirse, el proceso carecería de sentido. La etapa ejecutoria cumple esa función, convertir en eficaz la decisión definitiva obtenida en el proceso (párr. 3).

Es importante reconocer los comentarios del maestro en relación con las etapas del proceso cognitivo, ya que estas le confieren su naturaleza e identificación para encontrar el mejor derecho, de acuerdo con lo postulado y probado en el proceso. Asimismo, un elemento importante es la presentación del contradictorio que se da especialmente en los procesos cognitivos. En ese sentido Proto (2014) sostiene lo siguiente: “Por la realización plena del contradictorio, por lo que la resolución del juez es emanada solo después que ha sido garantizado a ambas partes la posibilidad de hacer valer todas sus propias defensas (instancia probatoria, excepciones, demanda,

reconvencional, etc.)” (p. 324). De lo que debemos entender del maestro italiano que antes de una decisión final debe existir el contradictorio como garantía para las partes de un proceso justo e igual.

El contradictorio es un elemento importante de los procesos cognitivos, que está regulado como un derecho procesal y natural de estos; además, como afirma el maestro italiano, para que se dé una resolución final en un proceso cognitivo se debió haber pasado por un contradictorio, de acuerdo con la especialidad de cada tipo de proceso, que se han explicado anteriormente, según su naturaleza pura.

En este sentido, se debe entender que los procesos cognitivos son procesos causales, y que el ordenamiento jurídico actual regula tres procesos, en los cuales se tienen que llevar ciertas etapas y tienen un principio natural, esto es el principio de contradicción, sobre el cual versa todo el proceso. Finalmente, estos procesos tienen como finalidad el otorgamiento del mejor derecho al demandante o demandado, conforme su pretensión.

2.2.1.3.2. Tutela cautelar

A continuación, se conceptualizará su naturaleza, además se indicarán sus características y elementos.

En ese sentido, se debe partir por un significado básico de la tutela cautelar. Referente a eso, Echandía (1997) afirma lo siguiente:

No se trata de declaración de un hecho o una responsabilidad. Ni de la constitución de una relación jurídica ni de ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal (p.166).

Es claro lo apuntado en la cita, ya que ocurre la tutela cautelar que no constituye un derecho ni busca la ejecución de este; pues su único fin es la protección de la decisión final y su futura ejecución, una vez que aquella obtenga la calidad de cosa juzgada.

A manera de ejemplo se tiene el siguiente cuadro:

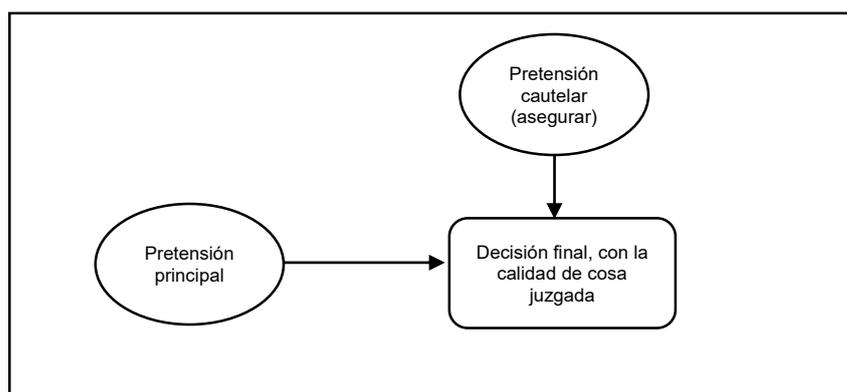


Figura 8: Naturaleza Cautelar

Si en un proceso de cognición, que empieza con la postulación de la demanda y, al cumplir su estructura axiológica va a culminar en una sentencia firme con calidad de cosa juzgada que posteriormente se procurará sea ejecutada, pero que, por diversas situaciones no se puede realizar; entonces, ante dicha circunstancia, se interpone un proceso cautelar antes de la emisión de la sentencia, que ocurre, en un principio, su pretensión no puede ser igual a la pretensión del proceso principal, dado que la pretensión cautelar tiene un carácter provisional que busca que la decisión firme pueda ser ejecutada en el futuro, en el caso de ser favorable hacia el solicitante, y el derecho ganado en el proceso de fondo pueda ser tutelado en su totalidad y así cumplir con la última etapa del proceso, que es de ejecución.

2.2.1.3.3. Tutela ejecutiva

Este tipo de tutela se presenta cuando ya no existe un problema de fondo, es más, no pertenece a los procesos causales. Ocurre que ya hay un derecho que existe a favor de un sujeto y solo se requiere la realización de este para el cumplimiento de los fines de una sentencia firme. Referente a eso, el maestro Carnelutti (1960), sostiene lo siguiente:

Cuando, en vez de la constitución o la declaración de una relación jurídica, el proceso debe procurar su actuación, es decir, la conformidad de la situación de hecho con la situación jurídica se habla, no de cognición, sino de ejecución procesal (p. 103).

De esta forma, se reafirma la idea principal, pues la tutela ejecutiva busca la ejecución procesal de un derecho ya reconocido a través de un proceso cognitivo o mediante otra forma de declaración en amparo de las normas correspondientes.

La tutela ejecutiva se encuentra regulada en el Código Procesal Civil, a partir del título V, bajo la denominación de procesos de ejecución, permiten solo la ejecución de títulos ejecutivos nominados, señalados en el artículo 688 del precepto mencionado. Cabe indicar que dicho dispositivo normativo se interpreta sobre la base del principio de legalidad y tipicidad, que cuando ocurre solo podrán ser ejecutados los títulos estipulados en él, dado que estos gozan de un carácter de reconocimiento expreso de un derecho a favor de un sujeto.

2.2.2. Medida cautelar en el ordenamiento peruano

Partiendo de lo señalado en líneas anteriores, la tutela cautelar está conformada por los procesos cautelares. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el ámbito civil, están regulados a partir del Título IV del Código Procesal Civil, a través de la clasificación de tipos de medidas cautelares, que se muestran a continuación:

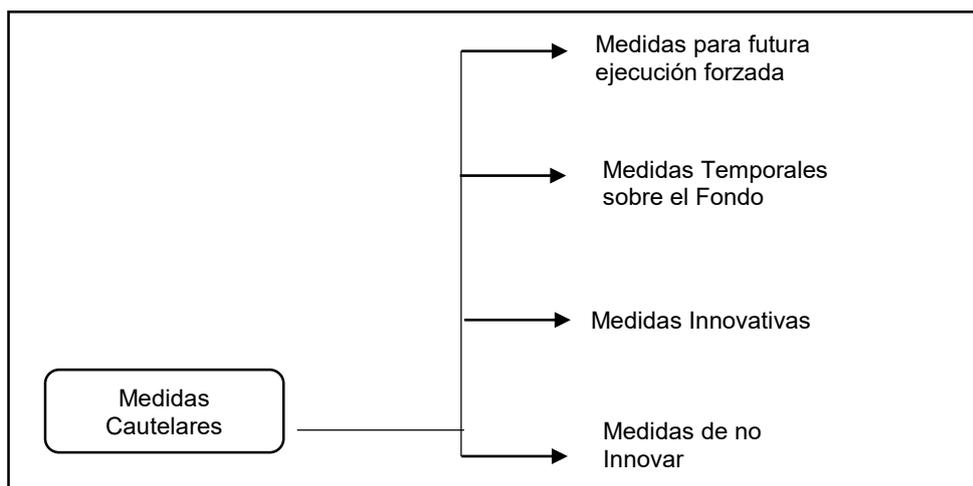


Figura 9: Tipos de medidas cautelares

En cuanto a eso, Hurtado (2006) asevera lo siguiente: “La medida cautelar fundamentalmente sirve para garantizar el cumplimiento de la decisión final (a futuro), hace función de garante, en tanto que el instituto en estudio ejecuta lo decidido (en el momento)” (p. 202). Es decir, la finalidad de una medida cautelar es garantizar el cumplimiento de la decisión final.

Cabe señalar que la normativa permite la existencia de medidas cautelares fuera y dentro del proceso, por lo que su interposición dependerá del tipo de medida y si su naturaleza y regulación lo permite. A este respecto, en adelante, se desarrollarán las características y requisitos de la medida cautelar.

2.2.2.1. Características de la medida cautelar

Como consecuencia de la evolución del Código Procesal Civil, se concibió el artículo 612, del citado dispositivo normativo, que regula las características de la medida cautelar, de la siguiente manera:

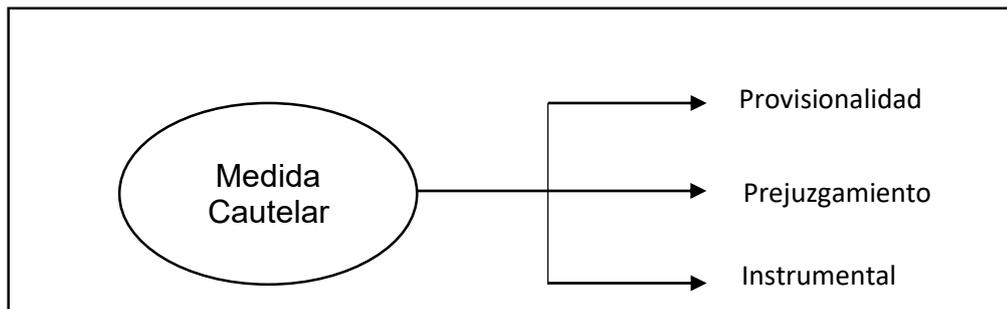


Figura 10: Características de las medidas cautelares

En este sentido Ledesma (2015) sostiene lo siguiente: “La medida cautelar es jurisdiccional porque emana de una decisión judicial y porque busca asegurar la paz social a través de la eficacia de la sentencia” (p. 48). En atención a lo referido, una de las características más importantes de la medida cautelar es el fin socio jurídico que persigue, debido a la naturaleza de los efectos que causa en un proceso judicial, al ser un acto procesal.

Por otro lado, se debe apuntalar que sus caracteres de provisionalidad e instrumentalidad están ligados al principio de celeridad procesal y ponderación. Al respecto, Sumaria (2013) sostiene lo siguiente:

En este aspecto, las providencias cautelares representan una conciliación entre dos exigencias opuestas, la celeridad y la ponderación, entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, dejando así el problema de la justicia intrínseca para el proceso ordinario (p. 212).

En consecuencia, a lo referido, dicho carácter provisional implica que la medida cautelar sea momentánea, mientras que su cualidad instrumental se relaciona a su naturaleza de accesoriedad, debido a que sigue las consecuencias de un proceso principal.

Por otro parte, el prejuzgamiento hace referencia a un anticipo de opinión que no afecta al proceso, que ocurre esta puede ser variable y consta de las características, anteriormente señaladas, de provisional e instrumental.

2.2.2.1.1. Provisionalidad

Se debe partir de la idea del maestro italiano Proto (2014), quien explica lo siguiente: “Una característica estructural de la tutela cautelar es su provisionalidad, es decir su falta de idoneidad para dar una solución final a la relación controvertida” (p.390). De lo señalado precedentemente, se debe entender que este carácter no permite resolver el aspecto de fondo del litis, puesto que ese fin es de los procesos cognitivos más no de los cautelares.

Para poder comprender la naturaleza de la provisionalidad se debe acudir a lo que afirma Piero Carnelutti (2005):

La cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen una duración temporal (...), sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común se indica, en contraposición a la calificación cautelar dada a la primera con la calificación definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera (p. 36).

Importante reflexión, con la cual es posible arribar a la siguiente conclusión: el carácter provisional es meramente temporal, por lo que la medida cautelar no resuelve el proceso cognitivo, dado que esta no da una solución al proceso principal.

2.2.2.1.2. Instrumentalidad

El ordenamiento jurídico, en general, tiene una gran influencia italiana, por ende, con relación a esta característica, Martínez (2015) sostiene lo siguiente: “De la instrumentalidad permite distinguir las medidas cautelares de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario [...] con el fin de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la mayor duración de un proceso plenario” (p. 49). Con relación a lo citado, se debe comprender que una medida cautelar es accesoria al proceso principal y a la decisión final del proceso cognitivo.

La instrumentalidad, como tal, consiste en buscar la eficacia de una pretensión final, debido a lo cual:

En las providencias cautelares, más que la finalidad inmediata de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, con relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia (Calamandrei, 2005. p. 45).

Con relación a lo prescrito por Calamandrei (2005), se concibe que el carácter instrumental de la medida cautelar busca garantizar la eficacia del funcionamiento del orden jurisdiccional, pues, protege la futura ejecución de una resolución definitiva.

2.2.2.1.3. Prejuzgamiento

Esta característica se encuentra positivizada en el Código Procesal Civil, del cual, se debe discernir lo siguiente:

Para poder contrarrestar el inevitable costo que el proceso tiene en el uso del tiempo, surgieron las providencias cautelares para que el juez, haciendo un acto de prejuzgamiento que la ley permite, adelantando un criterio porque, la ley se lo permite por excepción, adelanta en todo en parte el sentido de su fallo con cargo a que esta providencia sea similar al fallo final (Raffo, et al., 2005).

Cabe destacar que, este carácter debe ser interpretado de manera sistemática, debido a que se debe analizar los requisitos para la emisión de la medida, puesto que está estrechamente relacionada con la verosimilitud del derecho. En consecuencia, una medida cautelar debe ser otorgada, cuando exista la suficiente probabilidad.

Además, el prejuzgamiento está muy relacionado a la evaluación de los requisitos de procedencia y la calificación de la medida para su otorgamiento.

Con relación a las características de la medida cautelar, en la presente investigación, se considera lo siguiente:

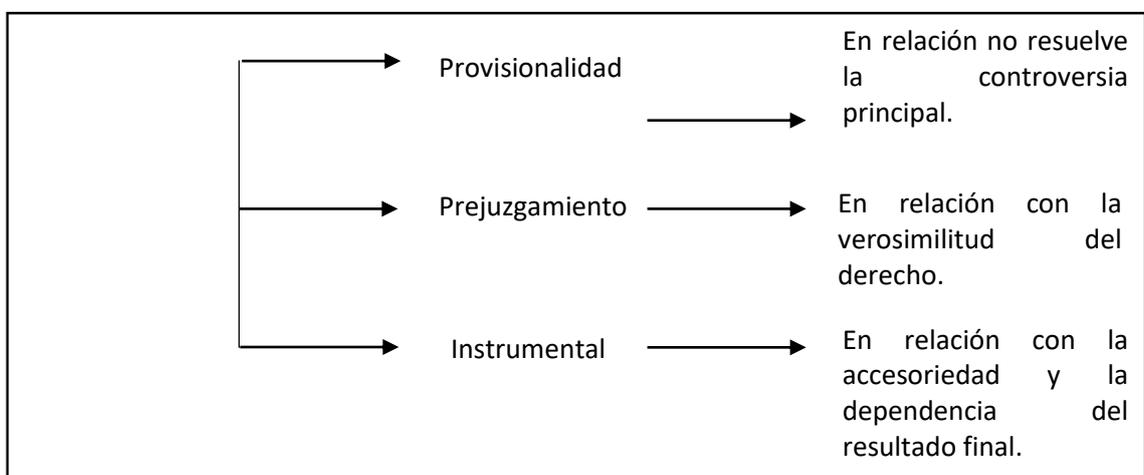


Figura 11: Características de medidas cautelares

2.2.2.2. Requisito de la medida cautelar

Si bien es cierto, el Código Procesal Civil regula los requisitos de la solicitud y el contenido de la decisión cautelar en los artículos 610 y 611, respectivamente, para el análisis de este apartado, se debe iniciar explicando sobre los aspectos formales para la presentación de la solicitud cautelar, establecidos en la citada norma; y, posteriormente, tratar sobre el cumplimiento de los aspectos de fondo como la verosimilitud, el peligro en la demora, la razonabilidad de la medida y el ofrecimiento de una contra cautela, esta última como una garantía de posibles daños que la medida pueda causar. Así tenemos lo siguiente:

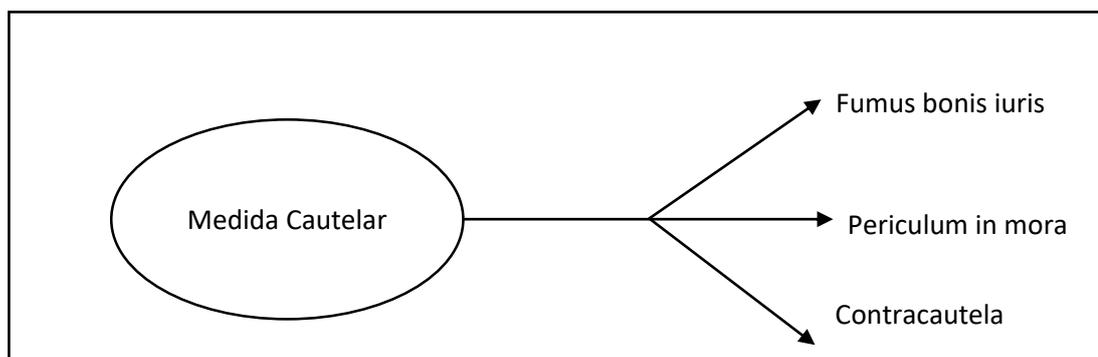


Figura 12: Requisitos de medidas cautelares

2.2.2.2.1. Fumus bonis iuris

El fumus bonis iuris, como se toca en aulas universitarias es el buen aspecto del derecho, el cual se traduce como la verosimilitud del derecho y se centra en la probabilidad:

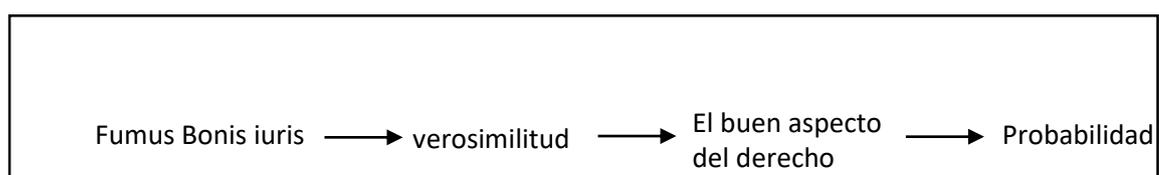


Figura 13: Verosimilitud

Sobre eso, nace la siguiente idea:

Lo que el juez debe «juzgar» es si es posible y probable que el demandante de la cautela tenga la razón (en el mérito), pero ese juicio sobre el derecho (o en general, sobre una concreta situación jurídica reconocida y tutelada por el derecho sustancial) del que el actor se afirma titular no implica de ninguna manera un «adelanto de opinión» sobre el fondo (Ariana, 2013).

La doctora Eugenia Ariana Deho (2013) es certera al puntualizar que el reconocimiento de la probabilidad y la consecuente concesión de la medida cautelar no significa un adelanto de opinión. Referente a ello, a efectos de cumplir con el objeto de este estudio, dicho criterio sirve para definir y explicar que el buen aspecto del derecho no puede consistir en la búsqueda de certeza, ya que este último es el fin del proceso principal.

Por otro lado, con relación a la verosimilitud del derecho, se debe concluir que este es un juicio de probabilidad que realiza el juez sobre los argumentos que presenta la solicitud cautelar; aunque se advierte que el sistema jurídico no regula un estándar para medir la probabilidad del derecho solicitado; sin embargo, se sobreentiende que este vacío es subsanado con la utilización de las máximas de experiencia de los jueces. Por ende, la conceptualización de la verosimilitud ha tenido diversas posiciones de grandes juristas, por lo que es importante tener en cuenta lo siguiente:

Tabla 1
La verosimilitud del derecho y su dogmática

Piero Calamandrei	<p>Por lo que atañe a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en cualquier caso <i>a un juicio de probabilidad y de verosimilitud</i>. Declarar la existencia del derecho es una función del proveimiento principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil, o sea, para decirlo mejor, basta que, según un cálculo de probabilidad, se puede prever que el proveimiento principal declarará un derecho en sentido favorable a aquel que requiere la medida cautelar (Cavani, 2015).</p>
Michele Taruffo	<p>De un lado, todo aquello que atañe a la verdad o a la probabilidad de una proposición fáctica, o sea a su grado de fundabilidad, de credibilidad y de atendibilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado, no tiene nada que ver con el concepto de verosimilitud. Los problemas relativos se enfrentan correctamente apenas en términos de teorías de la verdad o de teorías de la probabilidad, porque solo estas teorías pueden proporcionar las bases epistemológicas y los modelos racionales suficientes para analizar los fenómenos de la prueba y de la verificación del hecho. En este contexto el recurso a <i>la idea de verosimilitud es inútil y dañoso</i>: inútil porque no conviene llamar de verosimilitud a aquello que se define adecuadamente en términos de verdad/probabilidad; dañino porque el uso incorrecto del concepto de verosimilitud genera confusión insuperable (Cavani, 2015).</p>

Como se puede observar, estas dos posiciones tocan algo parecido a un juicio de probabilidad, por lo que queda claro que la verosimilitud no busca la certeza del derecho invocado, noción que es compartida por la presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, la Dra. Marianela Ledesma Narváez (2013), quien arguye lo siguiente:

Es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues este es exigible al momento de sentenciar (p. 77).

Referente a eso, se repara en que el estudio de la verosimilitud en la variada bibliografía es ínfimo, así como la investigación de las condiciones de la medida. A esto se agrega, un mayor problema, en el que no se contempla un desarrollo de la probabilidad dentro del marco procesal. En ese sentido, se debe abarcar a groso modo y tratar de brindar un significado a esta palabra que tiene mucha importancia, con respecto a las medidas cautelares.

Al tocar el tema de probabilidad, es necesario señalar que la certeza en un proceso civil se obtiene mediante una sentencia; sin embargo, esta no representa una verdad absoluta, por el contrario, es una verdad relativa originada como consecuencia del contradictorio que se dio a través de los medios probatorios y que, finalmente, generaron persuasión al juez. Esto es definido como verdad judicial o procesal. Al respecto Michele Taruffo (2012) explica lo siguiente:

A menudo se usan un concepto tosco y muy general de probabilidad para hacer referencia a algún grado de conocimiento que supuestamente se ha de situar en un punto entre 0 (esto es, en el nivel en que no hay ningún conocimiento fiable) y 1 (que indica certeza o verdad absoluta). Se supone que el conocimiento intermedio es alguna medida fiable (p. 30).

De lo citado se debe entender que la probabilidad se encuentra entre el no conocimiento inmediato de una información necesaria y la certeza de que la información aportada es válida. En ese orden de ideas, la probabilidad es la

información que tiene validez, pero que no alcanza la certeza por no haber sido sometido a un contradictorio, al tratarse de un proceso cautelar; sin embargo, debido a su motivación contenida en la solicitud, genera una apariencia de legítimo derecho, y a ello se suma las máximas de la experiencia de cada juez. Es complicado entender la probabilidad, pero, mediante una interpretación sistemática y las máximas de la experiencia, anteriormente mencionadas, es posible obtener un resultado de un juicio de probabilidad que puede servir.

Un proceso cautelar, según lo sustentado, se presenta de la siguiente manera:

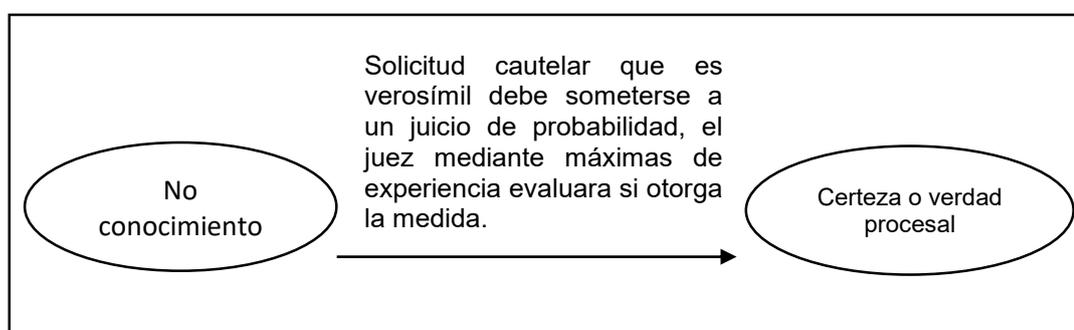


Figura 13: Grados de verosimilitud

2.2.2.2.2. Periculum in mora

Respecto a esta condición, Calamandrei (2005) afirma lo siguiente:

El Periculum in mora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito (p. 72).

En relación de lo citado, se sabe que un proceso de cognición y tiene determinados plazos, los cuales se encuentran establecidos en el Código Procesal Civil, por lo que lo ideal sería que los procesos civiles acabaran dentro de dicho plazo;

sin embargo, por ciertas circunstancias estos pueden demorar más de lo dictaminado, debido a que dentro del proceso pueden ocurrir dilaciones o nulidades que deben ser resueltas. Este escenario es totalmente imaginable, pese a que el proceso, como tal, se encuentra orientado por el principio de celeridad y economía procesal que encaminan su duración; así como por el principio de preclusión, que conduce a que cada etapa procesal ocurra en el momento y orden adecuados, con relación a las fases que componen el proceso. Por ello, y teniendo en consideración la existencia de dilaciones durante el desarrollo del proceso, se puede determinar que el principal argumento para solicitar una medida cautelar es la duración del plazo del proceso, y la necesidad de asegurar la eficacia de una sentencia final que podría verse afectada por esa demora.

Acerca de eso, Calamandrei (2005) presenta dos tipos de peligro: el peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal. El primero está relacionado al objetivo de cautelar la eficacia de una sentencia final, vale decir, que este pueda ser ejecutado si es que la situación lo requiera; mientras que el segundo está referido a la demora del proceso y la posibilidad que esta pueda generar un daño a la ejecución de la decisión final.

En suma, es necesario resaltar que la condición *periculum in mora* busca que la parte solicitante motive por qué se debe asegurar una situación mediante una medida cautelar.

2.2.2.2.3. Contracautela

Esta condición debe ser entendida como un tipo de garantía que funciona ante algún daño posible que pueda ocasionar una medida cautelar al ser otorgada. Sobre eso, Martínez (2015) arguye lo siguiente:

Como regla general se establece que el que pretenda la adopción de una medida cautelar y así obtenga, deberá prestar contracautela o fianza suficiente para responder, en su caso de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es, por ello revocada (p. 79).

De acuerdo con lo prescrito, la naturaleza de la contracautela se exterioriza cuando una medida cautelar es otorgada con la única intervención de la parte solicitante, mientras que la parte afectada solo puede plantear una oposición a lo resuelto; por otro lado, la concesión de la medida no significa que el proceso de cognición ya tiene una parte ganadora. En ese orden de ideas, dicha medida, naturalmente, puede generar daños, por lo que la administración pública pide prestar una contracautela, que puede ser real o personal según lo normado por el Código Procesal Civil, para mitigar el perjuicio y ser ejecutada si es que el proceso principal es declarado infundado.

Referente a eso, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Cabe aclarar que la contracautela no es un requisito o presupuesto para la procedencia de la medida cautelar, para la cual el juez debe evaluar tan solo verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y adecuación. La contracautela es un requisito para la ejecución o traba de la medida, con lo cual la medida concedida sobre la base de los tres primeros presupuestos solo podrá ser ejecutada si se garantizan los eventuales perjuicios que dicha ejecución pueda causar en caso de ser desestimada la pretensión garantizada (Palacios, 2004).

En conclusión, conforme lo señalado por Palacios (2004), se debe tener en cuenta que la contracautela no es un requisito formal para el otorgamiento de la

medida cautelar, pues, su único fin es cubrir un posible daño en ejercicio regular de un derecho.

2.2.3. Medida cautelar temporal sobre el fondo

Este tipo de medida cautelar se encuentra regulada dentro del capítulo II, sobre medidas cautelares específicas en el subcapítulo 2, desde el artículo 674 al 681 del Código Procesal Civil, donde se tiene la siguiente categorización:

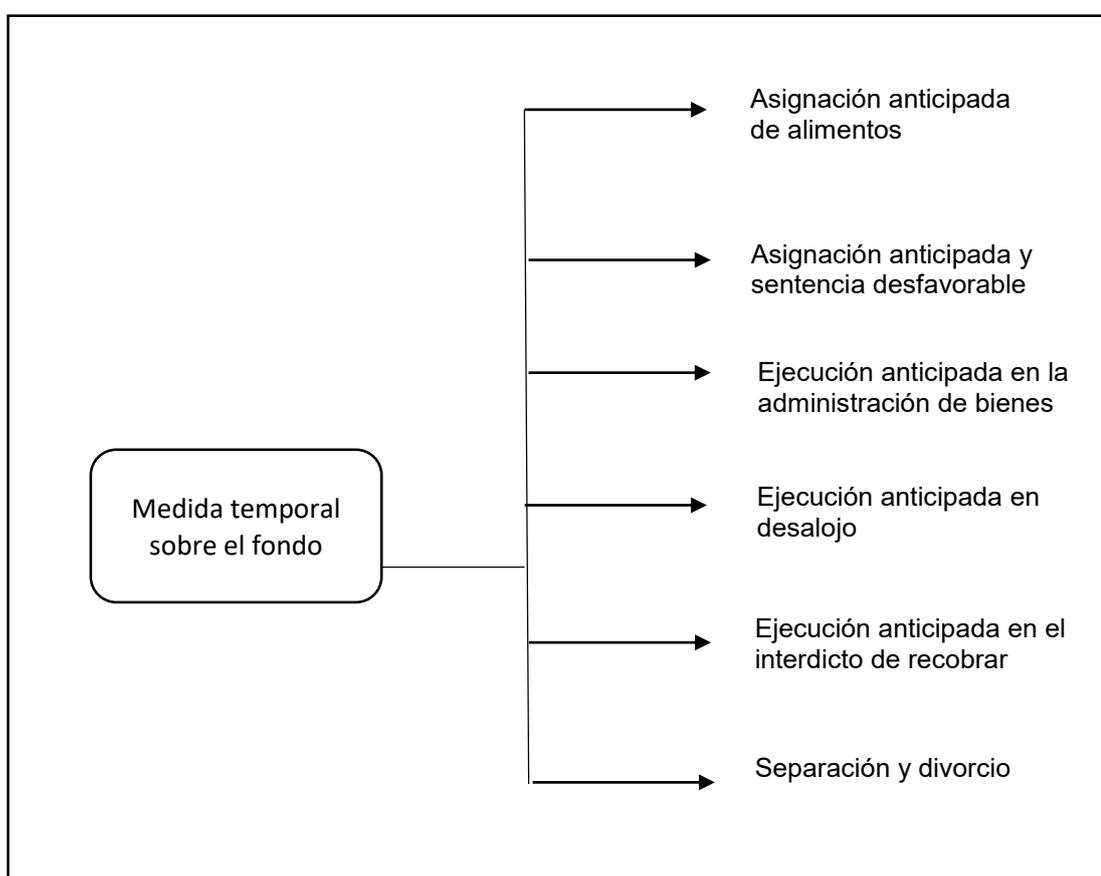


Figura 14. Medida temporal sobre el fondo

Con relación a las medidas cautelares sobre el fondo, Ledesma (2015), sustenta lo siguiente: "Son las medidas que anticipan el pronunciamiento final en el proceso principal" (p. 261). De esto, se puede inferir que, son aquellas medidas que satisfacen de manera anticipada la pretensión principal, sin la necesidad de una sentencia.

Al respecto, Kisch (citado por Pérez, 2010) indica lo siguiente:

En todos estos casos la medida judicial no persigue el asegurar una futura ejecución sino la evitación de perjuicios hasta la resolución definitiva del negocio, pues cuando se ordena la realización de una prestación para evitar un daño inminente, la medida va más allá del simple aseguramiento (p. 219).

En ese marco, esta clase de medida cautelar ya no busca asegurar una futura ejecución, sino la evitación de un perjuicio por la espera de una sentencia firme.

Cabe recalcar que los juristas identifican a las medidas cautelares sobre el fondo, nombre con el cual se encuentran regulados, no como una medida cautelar, sino como una tutela anticipada, por los efectos que causa, así como la variación de uno de los requisitos habituales de las medidas cautelar, ya que la tutela como tal, ya no exige una probabilidad del derecho, sino exige su casi certeza para su procedencia.

2.2.3.1. Características

Las características de esta medida cautelar están reguladas en el artículo 674 del Código Procesal Civil, en el cual figura lo siguiente:

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y, no afecten el interés público (artículo 674).

Ahora bien, cada pieza del citado artículo debe ser analizada detenidamente.

- **Excepcionalmente.** De esta característica se debe inferir que este tipo de medida cautelar no se somete a la regla común, por lo que su aplicación es una excepción subyugada a las demás particularidades que la componen.

- **Necesidad impostergable.** La necesidad de una actuación inmediata conlleva a que no se siga realizando un daño a un bien jurídico protegido, por lo cual, se debe evitar una posible vulneración a ese derecho como consecuencia del tiempo que dure el proceso.

- **Firmeza de fundamento de la demanda.** Se sabe que una medida cautelar puede darse fuera o dentro del proceso; sin embargo, la medida cautelar temporal sobre el fondo necesita del proceso principal para su procedencia, que ocurre, su calificación comprenderá una valoración de las pruebas aportadas al proceso principal, la cual tiene que generar un juicio superior al de probabilidad para que el juez pueda otorgar tal medida. De esta manera, el juez también realiza un análisis de la motivación de la pretensión principal y sus fundamentos, es decir, efectúa, se podría llamar, como una evaluación de los fundamentos de la demanda y la posibilidad de otorgar la medida.

- **Prueba aportada.** Este atributo está vinculado a la operación que realiza el juez sobre las pruebas aportadas en la demanda; algo insólito, debido a que en un proceso cautelar no se pueden analizar medios probatorios, porque esto iría en contra del juicio de verosimilitud que se realiza en las medidas cautelares, generalmente.

- **Ejecución anticipada.** Este elemento es esencial, pues se supone que la finalidad de toda medida cautelar es proteger la ejecución de una sentencia firme; sin embargo, en el caso de las medidas cautelares sobre el fondo, estas son ejecutadas durante el proceso, satisfaciendo la pretensión cautelar y la principal; pero justo en este momento nace la interrogante de si es jurídicamente posible efectuar ello,

teniendo en cuenta el marco legislativo actual y la tradición jurídica que se ha desarrollado en el país.

- **Possible reversión.** La posibilidad de reversión está relacionada a la existencia de la probabilidad de retrotraer los efectos de la medida cautelar, al momento anterior en el que fue concedida, a través de la utilización de algún mecanismo procesal.

Por último, es importante resaltar la trascendencia de este tipo de medida cautelar, así como sus requisitos para que puede ser otorgada. Por tal motivo, se debe señalar la clasificación de las medidas temporales sobre el fondo, las cuales se adecuan acorde a su propia naturaleza y necesidad de cautelar.

2.2.3.2. Tipos

Los tipos de medidas cautelares sobre el fondo han sido mostrados en el último gráfico, de manera que, en este subcapítulo, serán explicados detalladamente:

- **Asignación anticipada de alimentos.** Este es un clásico tipo de medida cautelar que se presenta como una extensión del proceso de violencia familiar, o del proceso de alimentos en sí, que ocurre su naturaleza busca que se otorgue una asignación anticipada para atender las necesidades del alimentista para su supervivencia.

- **Asignación anticipada y sentencia desfavorable.** Al respecto, Carrion (2014) indica lo siguiente: “En caso de resultar desfavorable la sentencia a quien demandó la prestación de alimentos, queda este obligado a la devolución de la suma percibida por concepto de asignación anticipada de alimentos y a abonar el correspondiente interés legal” (p. 571). Así, este tipo de medida cautelar está relacionado con la posibilidad de reversión y un claro ejemplo, es la devolución de los

alimentos que fueron anticipados mediante la resolución que otorgó la medida, tal como lo señaló Carrión (2014).

- **Ejecución anticipada en la administración de bienes.** Respecto a este tipo de medida cautelar, Carrión (2014) presenta el siguiente ejemplo: “El nombramiento de un nuevo administrador de los bienes o remover al que viene ejerciendo con el propósito de proveer los fondos necesarios a fin de que se haga pago el acreedor” (p. 572). En conformidad con lo señalado, estamos ante la situación de una administración judicial donde se busca conceder una protección para el aseguramiento de una obligación, la cual será conferida después de que el juez evalúe la firmeza de la demanda y los medios probatorios aportados en esta.

- **Ejecución anticipada en desalojo.** Hinostraza (2010) afirma lo siguiente: “Para ello el accionante debe acreditar en forma indubitable lo siguiente: El derecho a la restitución del bien objeto del proceso de desalojo y el abandono del bien objeto del proceso de desalojo por parte del demandado u otros ocupantes” (p. 288). En relación con ello, la jurisprudencia ya determinó en que supuesto procede esta medida temporal sobre el fondo, que es diferente a una pretensión principal de un proceso de desalojo o reivindicación.

- **Separación y divorcio.** Sobre este tipo de medida cautelar, Carrión (2014) arguye lo siguiente:

Es factible que el juez autorice, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como en la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal si la existencia de estos permita (p. 574).

Así es, este tipo de medida hace referencia al divorcio y la administración de los bienes sociales por parte de cada uno de los cónyuges, a fin de que puedan tener el goce de un determinado patrimonio.

En definitiva, estos tipos de medidas cautelares sobre el fondo tienen el propósito de satisfacer situaciones urgentes, los cuales están establecidos en el Código Procesal Civil; tienen sus propios requisitos y no siguen la línea de la tutela cautelar.

2.2.3.3. Desnaturalización de la medida

Toda medida cautelar, cualquiera sea su tipo, tiene lineamientos ya establecidos a lo largo de la historia jurídica y dogmática, uno de ellos es su naturaleza, esto es, que una cautelar no puede satisfacer una pretensión principal; sin embargo, en el Código Procesal Civil se encuentra normada la medida cautelar temporal sobre el fondo, que rompe esa cualidad. Con relación a eso, vale mencionar que el código tiene influencia italiana y a la fecha, aquella ha desarrollado y separado las medidas cautelares de las medidas urgentes en su ordenamiento jurídico; es decir, apartaron de su normativa la teoría de Calamandrei (2005), que dictamina que las anticipadas forman parte de una providencia cautelar. Al respecto, se suponía que, en el caso peruano, dicho cambio se vería reflejado en la norma, pero no sucedió así.

De esta suerte, de acuerdo con la legislación nacional, una medida temporal sobre el fondo tiene la posibilidad de producir sus efectos sobre el proceso de fondo, en otras palabras, tiene la característica de anticipar de manera provisional los efectos de la pretensión final.

El artículo 674 del Código Procesal Civil establece la regla general para la aplicación de la medida temporal y los siguientes artículos las causales donde esta intervendría. Ese artículo solo sufrió una modificación, en relación con la ampliación de las últimas líneas que ahora se encuentran reguladas, después de esta, no tuvo otro cambio hasta el día de hoy, por lo que desde su vigencia existe una desnaturalización completa a la institución de tutela cautelar, puesto que el código

continuó con la errónea línea italiana, aun cuando dicho país, a la fecha, ha puntualizado que las tutelas urgentes o provisionales no forman parte de la una medida cautelar, de manera que con la modificación del Código Procesal Italiano en el 2004, se crearon los procesos especiales basados en la tutela urgente.

En ese sentido, se debe apuntar que la medida temporal sobre el fondo no es cautelar y su naturaleza es de cognición sumaria y preventiva; además, sigue las propiedades de una tutela anticipada como tal; sin embargo, la legislación actual la limita, dándole un tratamiento como si fuera una cautelar. Es por ello por lo que esta falsa cautelar exige la preexistencia de un proceso cognitivo para su procedencia, a diferencia de una anticipada que puede ser presentada fuera del proceso. Asimismo, los efectos de esta medida temporal es producir una satisfacción inmediata sobre la pretensión de fondo, contradiciendo la naturaleza de una cautelar, pues, esta última solo protege la ejecución de una posible sentencia a favor. Por último, exige un análisis a los medios probatorios y la firmeza de la demanda, lo que desnaturaliza el juicio de verosimilitud que se lleva a cabo en una cautelar, que ocurre con el estudio de la carga probatorio se busca una certeza, pero en el caso de la mal llamada cautelar, la exigencia es de una casi certeza para que pueda ser conferida.

Diferencia de los tipos de medidas cautelares con la temporal sobre el fondo

Habiendo ya desarrollado, lo que son las características y requisitos para el otorgamiento de una medida cautelar, y de acuerdo con la figura 8 de esta investigación, que nos muestra los diferentes tipos de medidas cautelares, establecemos la siguiente diferencia, de las medidas cautelares temporales sobre el fondo con los otros tipos:

Tabla 2
La diferencia de la medida temporal sobre el fondo con las otras cautelares

Tipo	Temporal	A diferencia de
	sobre el fondo	
Embargo	Temporal sobre el fondo	Para la concesión del embargo como cautelar, debe existir una situación de crédito necesariamente, mientras tanto, la temporal sobre fondo exige una necesidad impostergable.
Secuestro	Temporal sobre el fondo	Para la procedencia del secuestro, de manera directa o indirecta, la controversia debe tratar sobre la posesión o propiedad; sin embargo, en la temporal sobre el fondo no es necesario tener ese tipo de controversias.
Anotación de demanda	Temporal sobre el fondo	La anotación de la demanda se presenta cuando en el proceso principal se tiene como pretensiones declarativas y constitutivas, mientras tanto, que la temporal sobre el fondo se apertura a los tres tipos de pretensiones para su concesión solo exige la acreditación de la necesidad impostergable.
Medidas innovativas	Temporal sobre el fondo	La medida innovativa tiene como efecto reponer a un estado de hecho o derecho una situación que haya sido alteradas, mientras que la temporal de fondo es anticipar en parte o total la pretensión del proceso principal.
Medidas de no innovar	Temporal sobre el fondo	La medida de no innovar tiene como objeto conservar una situación de hecho o derecho, mientras tanto el objeto de la temporal sobre el fondo es adelantar en parte o fondo la pretensión del proceso principal.

2.2.4. Tutela anticipada

Al hablar de tutela anticipada se hace referencia a una nueva manifestación de tutela jurisdiccional efectiva, que persigue una naturaleza propia y es

independiente de una cautelar, a diferencia de la regulación que se efectúa a la medida temporal sobre el fondo, como un tipo de medida cautelar.

En este aspecto, se debe citar a los siguientes maestros, que brindan varios conceptos sobre el tema:

Piero Calamandrei (2005), respecto al anticipo de providencias, arguye lo siguiente:

Consiste precisamente en una decisión anticipada y provisorio del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisorio de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario (p. 59).

Daniel Mitidiero (2013) con relación a la tutela anticipada, afirma lo siguiente:

La técnica anticipatoria es un medio para la prestación de la tutela anticipada por el juez en el proceso. La precisa formulación del concepto de técnica anticipatoria depende de la conjugación de los criterios estructural, funcional y cronológico. Del punto de vista estructural la resolución anticipada es formada bajo cognición sumaria, es provisional destinado a durar mientras no sobrevenga la resolución definitiva y mantiene una relación de identidad, total o parcial con la resolución final (p. 56).

Guilherme Marinoni (2007), respecto a la técnica anticipatoria, señala lo siguiente:

El derecho a la tutela anticipatoria no es solo el derecho a la obtención de decisión que conceda tutela anticipatoria, sino el derecho al bien de la vida otorgada por esa decisión. Es decir, pensar en derecho a la tutela anticipatoria implica hablar de su plena e integral efectividad (p. 248).

Diversas posiciones, sin embargo, el maestro Piero Calamandrei, dentro de su obra *El estudio a las providencias cautelares* (2005), ya hablaba de las medidas cautelares temporales sobre el fondo, indicando que estas poseían una naturaleza distinta a una típica cautelar, que ocurre, podían ser otorgadas pronunciándose sobre el fondo, es decir, sobre la pretensión cognitiva; sin embargo, las incorporaba como un tipo de medida cautelar. En ese tiempo, dicha noción fue aceptada dentro del marco normativo italiano, que posteriormente se modificó. De este modo, se llegó a la idea de una acción procesal que permita una decisión anticipada en razón a la urgencia del caso en concreto, claro que esta causa ya estaría determinada por la naturaleza de la medida anticipada. Es así como Calamandrei (2005) ya daba luces de la posibilidad de la existencia de este acto procesal.

Respecto a lo señalado por el doctor Daniel Mitidiero (2013), se puede afirmar que ciertamente existe una nueva tutela, la cual es efectiva mediante una técnica anticipatoria dotada de sus propios requisitos y características. Adicionalmente, él expresa que la tutela anticipada se materializa bajo los estándares de la cognición sumaria y que ella satisface de manera provisional un derecho petitionado en la pretensión del proceso principal. En otro orden de ideas, se tiene que, a lo largo de la historia, ya se determina la naturaleza propia de la tutela anticipada y como dice Marinoni (2016), esta tutela está basada en la búsqueda de la efectividad.

En consecuencia, en esta investigación, se concluye que la tutela anticipada busca un anticipo parcial o total de las pretensiones finales de manera provisional; y está claramente relacionada con la búsqueda de la efectividad y la urgencia de la medida. Siendo que, puede ser aplicada ante la ocurrencia de un daño inminente o de uno ya preexistente, en conexión directa con la pretensión del proceso cognitivo. Así, esta tutela busca proteger que no se siga produciendo dicho daño o evitarlo en el futuro, a causa del tiempo que puede conllevar el proceso cognitivo.

Para cerrar, en este estudio, al aportarle independencia a esta figura, se establecerá sus características propias y requisitos que puedan servir en un proceso, acorde al ordenamiento jurídico peruano, sin copiar una idea que se presenta en otros países, los cuales no funcionarían en el Perú, porque cada sociedad es diferente. En este sentido, se presenta el siguiente modelo de tutela anticipada:

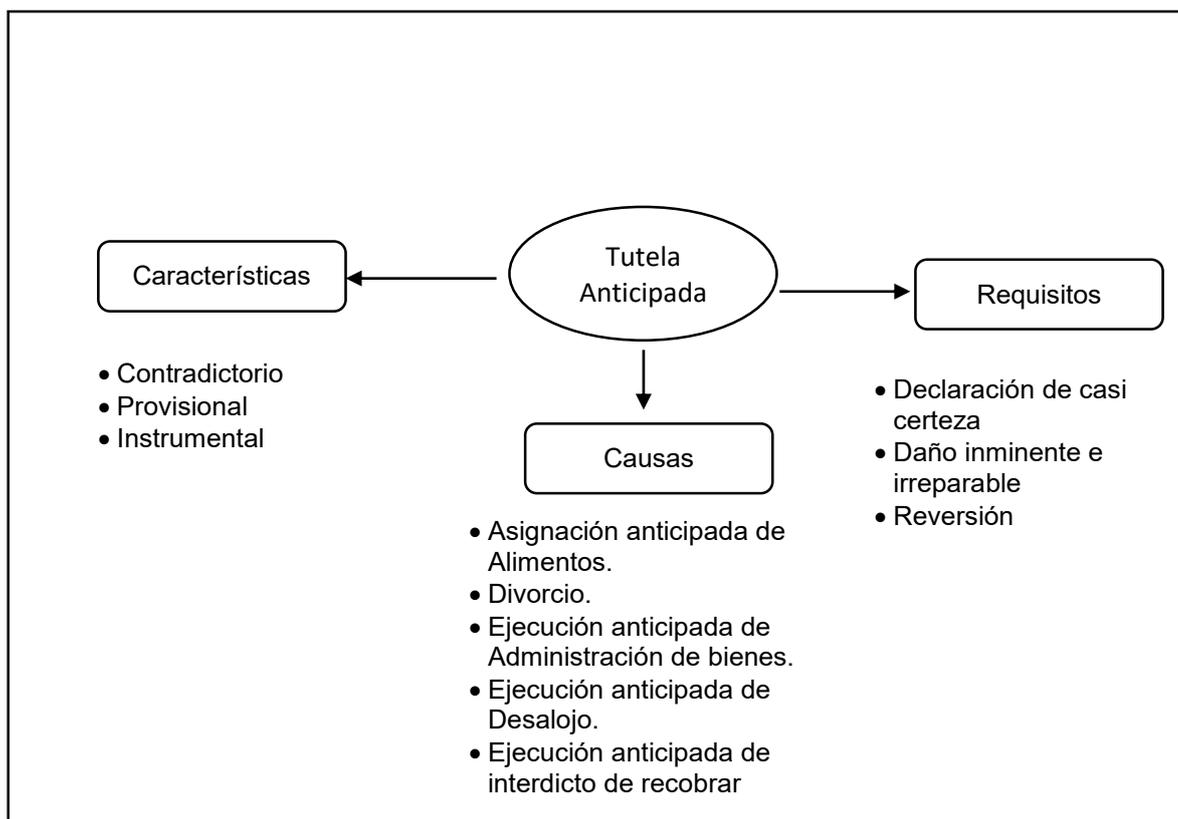


Figura 15: Tutela anticipada

2.2.4.1. Características de la tutela anticipada

2.2.4.1.1. Contradictorio

El contradictorio está relacionado íntegramente con el principio de contradicción, reconocido en el Código Procesal Civil, a través de los artículos 2¹ y 3², los cuales establecen la siguiente regla: el demandado tiene el derecho de contradicción sobre lo propuesto por el demandante, tanto en pruebas y fundamentación, aunque, este derecho no es absoluto.

¹ Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

² Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.

En ese sentido Díaz (citado por Rioja, 2009) sostiene lo siguiente:

El principio de bilateralidad de la audiencia, o del contradictorio, expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar suponer la decisión sobre una pretensión si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída, *audiatur et al. tera pars* (p. 34).

Importante apreciación, sobre la cual es menester señalar que las medidas cautelares y las pruebas anticipadas se dan con inaudita parte, o sea, sin escuchar al emplazado. Esto está permitido dentro del marco legal, como excepción en el proceso civil. Sin embargo, con relación a esta nueva expresión de tutela jurisdiccional efectiva, esto es, la tutela anticipada, se necesita un contradictorio en ella.

La significancia de incluir este atributo nace con la presentación de una solicitud pidiendo esa tutela. Dentro de sus efectos que pueda causar su otorgamiento el juez debe escuchar a la otra parte, que ocurre con su posible procedencia se acerca a una sentencia cognitiva final, esta resolución a fin de no generar un estado de indefensión o vulnerabilidad y por la naturaleza de sus efectos, exige que se escuche a la otra parte.

Esta característica debe ser analizada con cuidado por los jueces, mediante las máximas de experiencia, así como un criterio lógico jurídico, a fin de no generar un estado de indefensión al emplazado. Dicho de otra manera, cada caso en concreto presenta su propia realidad, el cual será juzgado bajo la experticia, dirección de cada juez, y la aplicación de un razonamiento jurídico al momento de valorar las pruebas y evaluar los otros requisitos para la procedencia de esta tutela.

2.2.4.1.2. Provisional

Esta característica sigue la misma teoría de una cautelar, en el sentido que la tutela anticipada es provisional, puesto que su concesión no resuelve la controversia principal, ya que solo responde ante una situación urgente donde existe un daño inminente. Básicamente, se debe entender que el carácter provisional acarrea que no se busque otorgar una decisión final, dado que de esta situación se encargan los procesos cognitivos como el proceso de conocimiento, abreviado o sumarísimo, procesos donde se determinara en pocas palabras la verdad procesal, en conformidad con lo actuado y procesado en juicio.

2.2.4.1.3. Instrumental

La instrumentalidad está referida a la duración de la tutela anticipada, en función al proceso principal, visto que, su temporalidad es accesoria y depende del resultado final del proceso cognitivo. Aun así, su interposición es en atención a una emergencia ante un daño inmediato o que ya está sucediendo.

Sin embargo, es importante señalar que una medida anticipada siempre va a seguir la suerte del proceso cognitivo, que ocurre su concesión solo se da a causa de una emergencia o daño inminente e irreparable.

2.2.4.2. Requisitos de la tutela anticipada

2.2.4.2.1. Declaración de casi certeza

Al hablar de la declaratoria de casi certeza ya no se está haciendo referencia a la búsqueda de un juicio de probabilidad, sino a la de un derecho preexistente. La declaratoria de este derecho se producirá gracias a una sentencia final del proceso cognitivo. Con relación a ello, se presenta la siguiente:

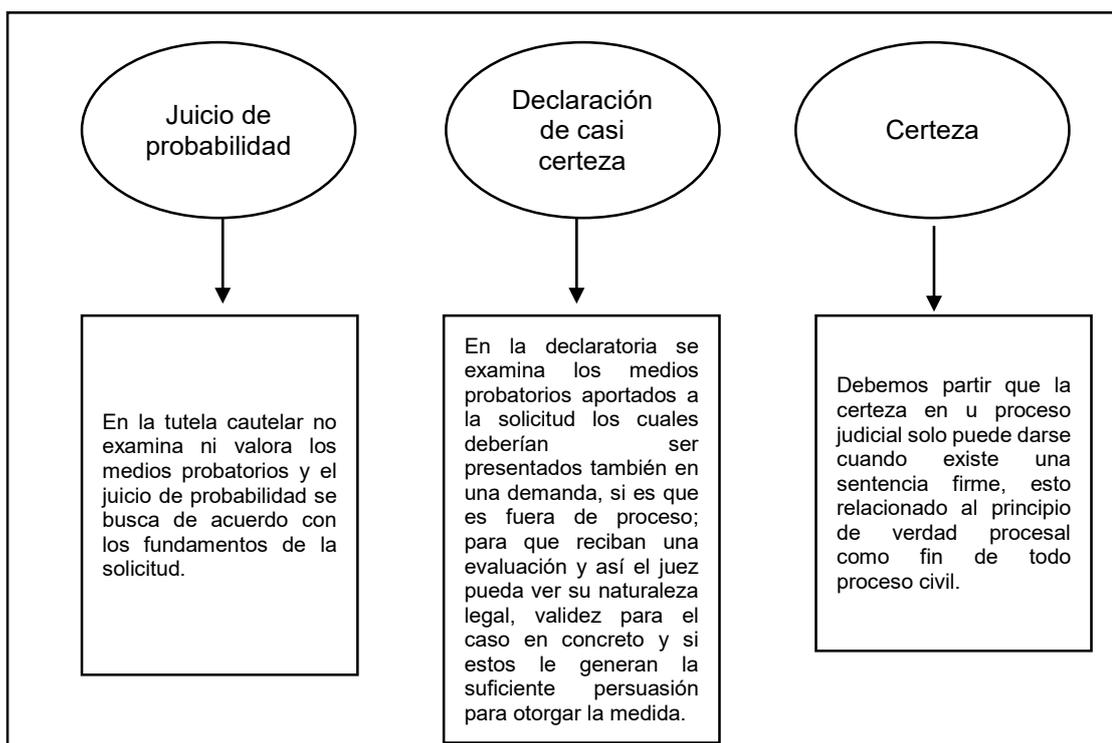


Figura 16: Casi certeza

Ahora bien, se debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- El solicitante, quien es el demandante, debe presentar medios probatorios que superen el juicio de casi certeza. Por ejemplo, si se trata de un proceso de alimentos y se quiere interponer la tutela fuera de proceso, la prueba ideal, pero no única, sería la partida de nacimiento, en original, que contenga la firma del padre. Lo que ocurre con esta prueba es que se acreditaría la declaratoria de paternidad, así como la preexistencia del menor alimentista, hecho que podrá ser refutado a través de un proceso de nulidad. He ahí el valor y naturaleza de la figura de anticipo de alimentos.
- La función del juez es valorar los medios probatorios, así como evaluar la eficacia de estos, que ocurre de conforme el ejemplo anterior, por lo que se debe de verificar que el acta de nacimiento haya sido emitida por el órgano competente, es decir, la municipalidad.

- Independientemente de la manera en que se debe presentar la declaratoria de paternidad, el juez, mediante el uso de otras instituciones procesales en materia de valoración de la prueba, debe justificar el otorgamiento de la medida mediante una debida motivación.

En consecuencia, se debe considerar lo siguiente:

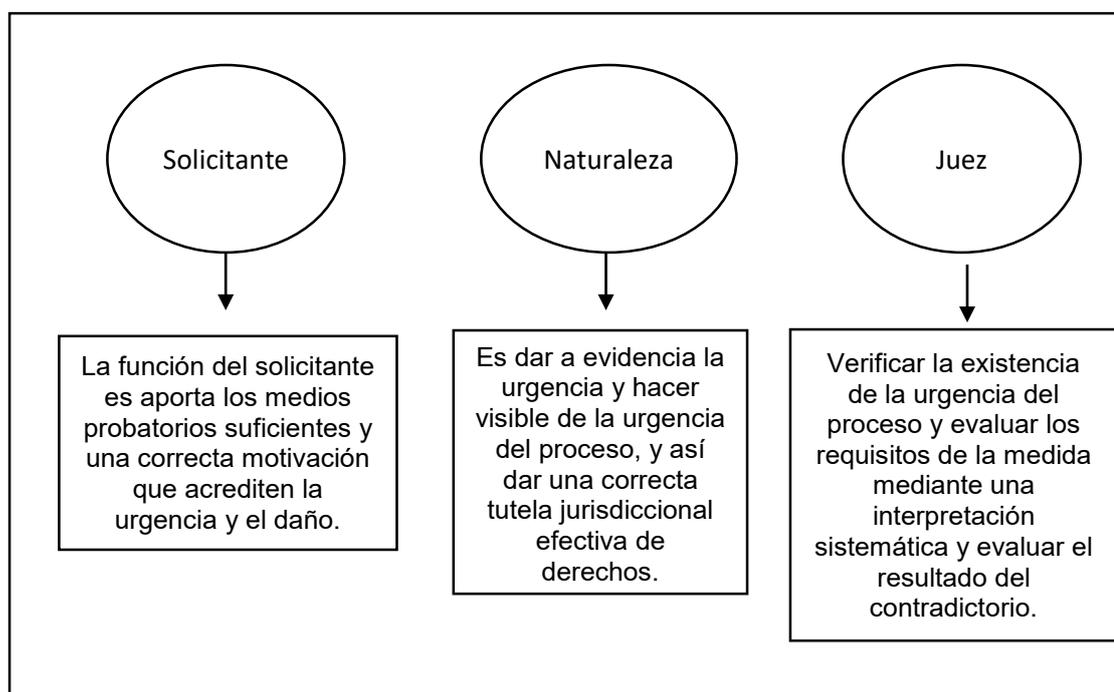


Figura 17: Funciones probatorias

A este respecto, se debe establecer que la declaratoria de casi certeza es un requisito para cumplir con los otros, ya que su aplicación por sí sola no es suficiente. Dicho de otro modo, para su correcta utilización es primordial que sea interpretada de modo sistemático con los otros elementos de la solicitud, entre los cuales tenemos a la valoración de la prueba, sobre el cual se explicará a continuación.

2.2.4.2.2. Prueba

La prueba en el proceso de tutela anticipada es importante, puesto que está estrechamente interrelacionada con la motivación y se enfoca en acreditar la urgencia del proceso y la necesidad de la medida.

Para entender el concepto básico de este requisito, es preciso acudir a lo expuesto por Ledesma (2017): “El derecho a probar como garantía de un debido proceso está compuesto de diversas etapas. La postulación, el saneamiento probatorio, la actuación probatoria, la conservación y la valoración de la prueba” (p.12). De lo citado precedentemente se puede deducir que se hace alusión a las diferentes fases que se llevan a cabo en la etapa probatoria, dentro de un proceso cognitivo. Dada la naturaleza del contradictorio establecemos esta etapa como garantía del proceso especial de tutela anticipada.

En el proceso cognitivo, dada su naturaleza, se pueden llevar todas las etapas de la prueba, ya que existe oportunidad de hacerlo; mientras tanto, dentro del proceso anticipado se espera cumplir con estas etapas de forma celeridad y en audiencia asegurando las garantías del debido proceso.

Con todo esto, respecto a la medida anticipada, se debe puntualizar que, se justifica gracias a las causales que motivan la interposición de dicha medida, las cuales permiten el manejo de un proceso típico, donde la carga probatoria está basada en medios probatorios comunes, que generalmente se encuentran contenidos en un

soporte de papel. Por lo tanto, la prueba para determinar y ayudar a identificar una casi certeza es clara, aunque en ciertos casos sí exigirá un poco de análisis.

No obstante, con relación a la presentación de medios probatorios, el solicitante tiene el deber de introducir pruebas directas. Al respecto, Taruffo (2012), asevera lo siguiente: “la primera y más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa directamente sobre esa hipótesis” (p. 90). Sobre lo anterior, el maestro explica que la prueba debe estar estrechamente relacionada con el derecho peticionado, que ocurre, ella generará algo más que una probabilidad sobre el derecho solicitado. Por esta razón, es importante que la prueba y su presentación dentro de la solicitud de tutela anticipada, facilite la tramitación y juzgamiento de esta medida. Así, se está ante la existencia de una prueba idónea para este tipo de proceso urgente.

2.2.4.2.2.1. Valoración de la prueba

Sobre la valoración de prueba en el proceso civil, se debe acudir al artículo 197 del Código Procesal Civil, el cual establece lo siguiente: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. De este dispositivo normativo, se extrae que la valoración debe realizarse de manera conjunta y utilizando la sana crítica.

Al respecto, Echandía (citado por Carrión, 2014) arguye lo siguiente: “Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido” (p. 287). Ese concepto indica que la valoración de la prueba es la operación interna que realiza el juzgador para conocer el mérito o convicción que se pueda

deducir del contenido del medio probatorio. Por otro lado, con relación a la valoración externa se distingue que es el sometimiento del acervo probatorio a determinadas situaciones como experiencia o circunstancias del proceso. Asimismo, se requiere que la valoración sea de manera conjunta, tal como lo establece el citado artículo.

Finalmente, se debe señalar que el ordenamiento jurídico procesal peruano ha seguido los siguientes sistemas: sistema de prueba tasada, sistema de libre valoración y sistema de sana crítica, las cuales serán mostradas a continuación:

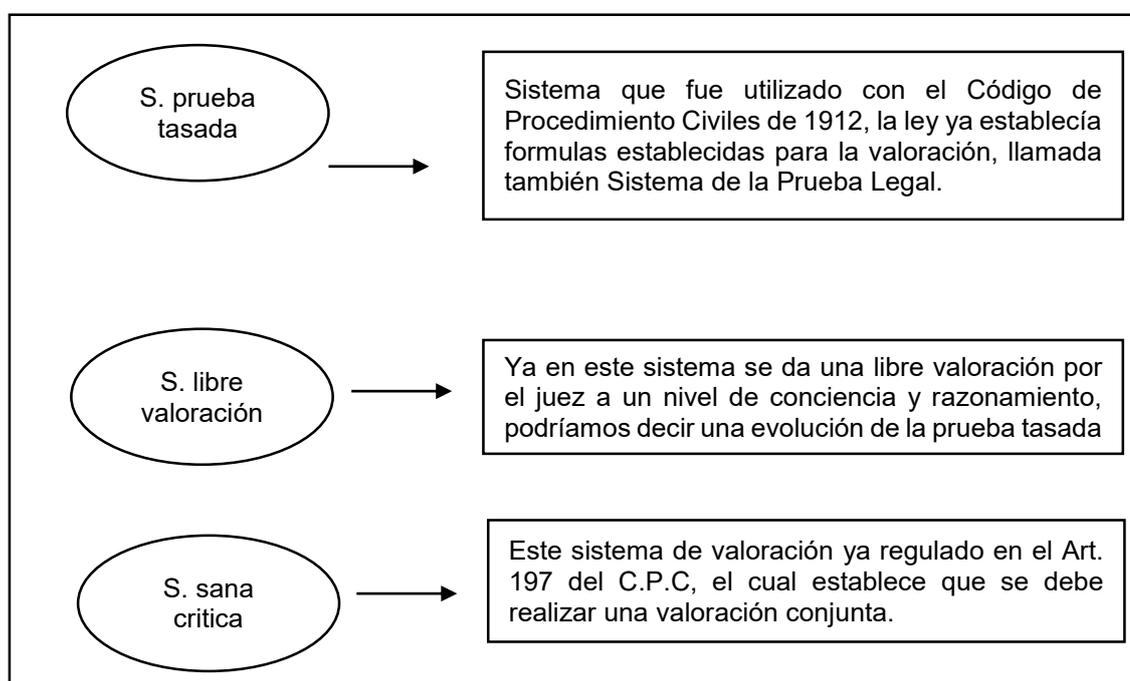


Figura 18: Tipos de valoración de la prueba

Si bien la información líneas arriba es importante, es preciso informar que en esta investigación no se pretende desarrollarla minuciosamente, pues como institución procesal, abarca varios aspectos. Sin embargo, sí se va a tratar de explicar a fondo el Sistema de valoración de sana crítica y su importancia en el proceso de tutela anticipada.

2.2.4.2.2.2. Sana critica

Este sistema de valoración se encuentra positivizado en el Código Procesal Civil y exige una valoración conjunta de todos los medios probatorios según estándares de razonabilidad. Al respecto Ledesma (2017), comenta lo siguiente:

La sana critica es una modalidad de apreciación de pruebas, pero no es un verdadero sistema de valoración, que ocurre no admite la discrecionalidad absoluta del juez; busca limitar los juicios de valor del juez a proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren (p. 43).

En ese orden de ideas de lo mencionado, la sana crítica tiene como finalidad la búsqueda de proposiciones lógicas que nacen a partir de un contradictorio, que ocurre el análisis de pruebas, primero, se realizan de manera independiente para después valorarlos de forma conjunta. A fin de comprender mejor este punto, se tiene el siguiente cuadro:

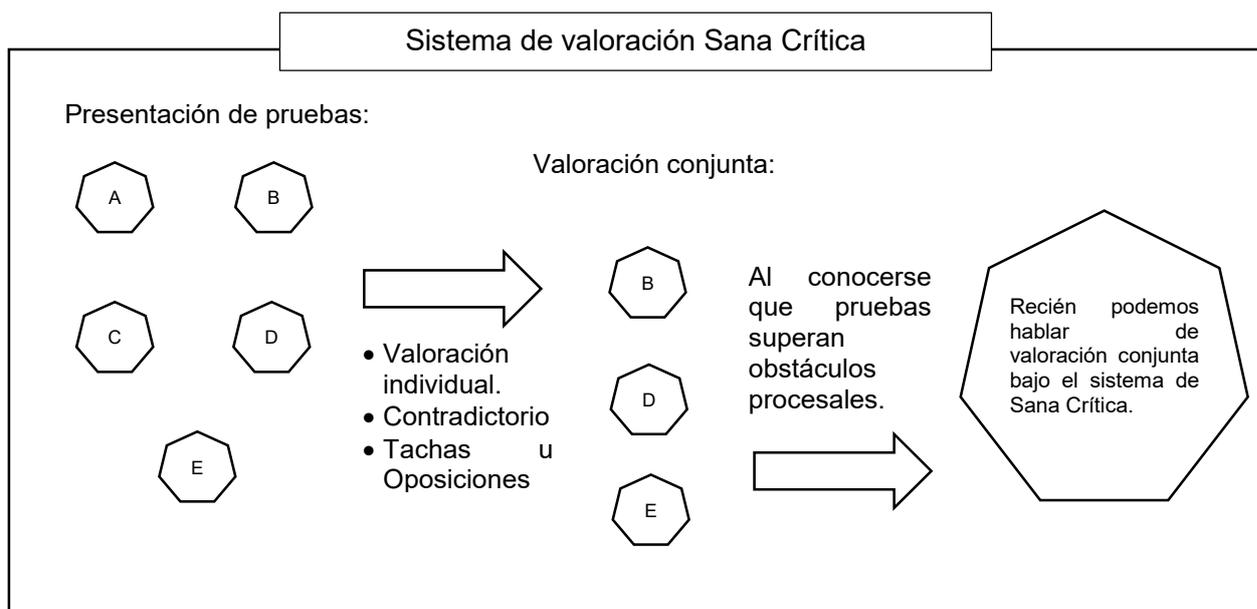


Figura 19: Sana Crítica.

Como se puede observar este sistema recoge fases de valoración, lo que es crucial para el empleo de la tutela anticipada.

Por consiguiente, las pruebas aportadas en el proceso anticipado pasarán por una evaluación independiente, primigeniamente, y luego, si no existe ningún obstáculo procesal y aquellas acreditan la urgencia y el daño irreparable, el juez deberá emitir un juicio de razonabilidad y proceder a realizar una valoración conjunta. Después, deberá motivar correctamente su resolución donde explicará su valoración de los medios probatorios.

2.2.4.2.3. Daño inminente e irreparable

Se ha determinado que, para el otorgamiento de una medida cautelar, se requiere cumplir el requisito de peligro en la demora; sin embargo, en el caso de la tutela anticipada, existe una condición similar, esto es, el peligro de daño inminente e irreparable. La diferencia entre una y otra es una línea muy delgada, pero identificable. En este aspecto, el maestro Marinoni (2016) arguye lo siguiente: “en los casos de recelo fundamento, daño irreparable o de difícil reparación. Se trata de la consagración de la posibilidad de anticipar la tutela final ante el recelo del fundamento del daño” (p. 132). De lo anterior se puede colegir que, la tutela anticipada se fundamenta en la existencia inmediata de un daño irreparable o difícil de reparar, el cual tiene que ser atendido con urgencia para no causar un estado de vulneración a un derecho. En virtud de ello, se puede señalar que la diferencia entre cautelar y anticipada se da de la siguiente manera:

medida cautelar

tutela anticipada

- Peligro en la demora

- Daño inminente e irreparable

Debemos partir el peligro en la demora, se funda que con la demora del proceso se genera el daño, el cual perjudique a la ejecución de una pretensión final que sea favorable y esta no se pueda ejecutar. En ese sentido el daño se genera a base de la duración del proceso.

La diferencia es que en esta tutela el daño en primera fase ya existe antes del proceso o se da en el desarrollo, donde se evidencia de un daño, pero no cualquiera uno irreparable lo que, no solo, no va a permitir una ejecución, si no también va a afectar la eficacia del proceso. Habitualmente este daño ya existe antes del proceso.

Inicio

El daño se genera por la duración del proceso cognitivo.

Fin del P.

Inicio

El daño ya se genera antes del inicio del proceso, eventualmente.

Fin del P.

Figura 20: Daño inminente e irreparable

Para entender acertadamente el significado del daño inminente e irreparable, es elemental recurrir a lo expuesto por Sumaria (2013), quien afirma lo siguiente: “Se trata de un daño de tal envergadura que no pueda ser compensado económicamente o que no puede ser compensado con una sentencia judicial posterior además de ser inminente” (p. 239). En otras palabras, consiste en un daño que no puede ser compensando económicamente, que ocurre por la situación en la que se presenta, requiere que el derecho a ser vulnerado por aquel se haga efectivo. De este modo, la tutela anticipada no busca resarcir ese perjuicio, dado que ese objetivo puede ser alcanzado a través de un proceso cognitivo.

Por otro lado, existen situaciones, ya sea por su naturaleza o la normativa actual, en el que una sentencia final termina por no compensar el daño ya realizado, que ocurre, sobre ello Marinoni (2007) asevera lo siguiente: “El daño es el síntoma sensible de la violación de norma” (p. 194), lo que nos quiere decir el maestro es de un daño que supera las formas de resarcimiento permitidas por la ley.

En ese marco, el Juzgado de Primera Instancia Civil Mercantil de la Ciudad de Bolívar, sobre el caso recogido en el expediente N.º FH01-X-2016-000015, dentro de uno de sus considerandos estableció que la “la existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente”. Al respecto, cabe mencionar que el daño inmediato e irreparable es conocido como *periculum in damni*. De este modo, se extrae lo siguiente:

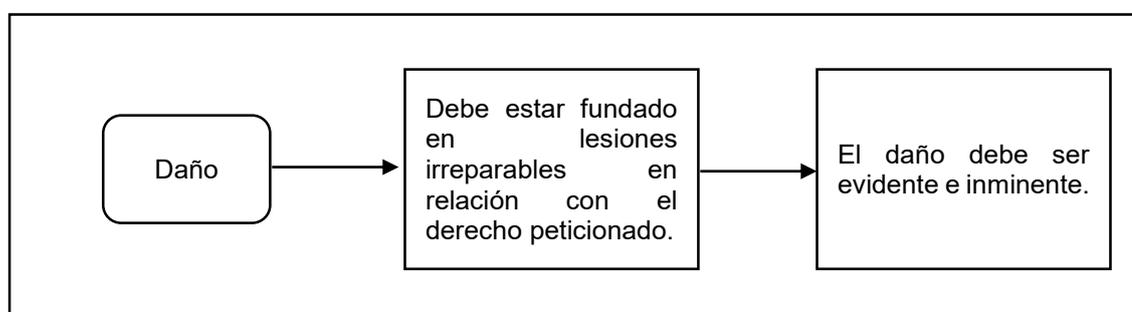


Figura 21: Daño

En este sentido, es esencial que el solicitante de la tutela pueda acreditar el daño, el cual debe ser evidente e inminente para que se pueda cumplir este requisito, visto que, es una pieza importante para conceder la medida. Asimismo, esta exigencia demanda que se autentique la urgencia impostergable para el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva, dentro de su dimensión de acceso a la justicia, y así atender las situaciones urgentes que no pueden ser protegidas por otros tipos de tutela.

2.2.4.2.4. Reversión

Este requisito es propio de la tutela anticipada, tanto como, la exigencia de la ocurrencia de un daño irreparable. Con relación a esto, el profesor Mitidiero (2013) señala lo siguiente: “En el empleo de la técnica anticipatoria da a lugar a resoluciones que por su propia naturaleza son reversibles, en el sentido que son reversibles y

revocables, vale decir que no son definitivos” (p. 110). En otros términos, se descifra que cuando se otorga una medida anticipada y esta es ejecutada, debe existir la obligación de que la situación generada por la medida pueda volver a un estado anterior, en caso se obtenga una sentencia denegatoria en el proceso de cognición. En ese marco, la reversión es la posibilidad que los efectos de la decisión puedan retornar al estatus quo ante, que ocurre este requisito es parte de la naturaleza de la tutela anticipada y una garantía para su otorgamiento.

Por otro lado, cuando se evidencie la existencia de un peligro de irreversibilidad de la tutela anticipada, esta no podrá ser conferida; por consiguiente, el peticionante debe acreditar que no hay tal contingencia. El siguiente cuadro grafica mejor esta apreciación:

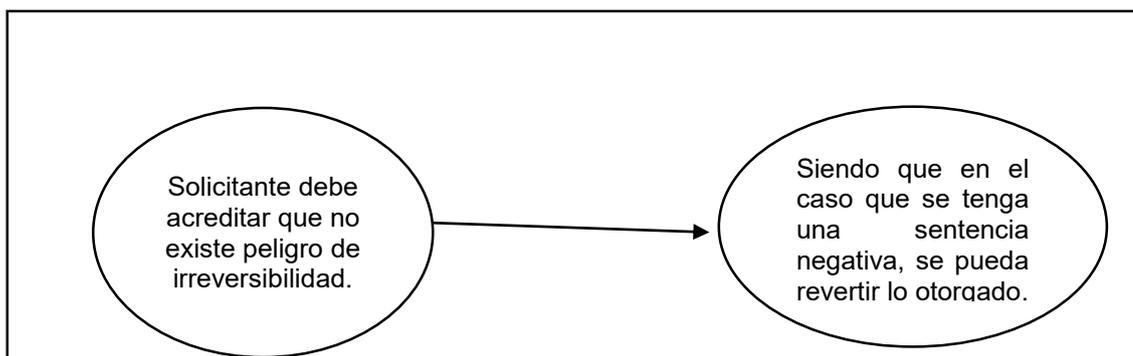


Figura 22: Reversión

Cabe destacar que la noción de la exigencia de reversión ha sido expresada dentro de la regulación sobre medidas temporales sobre fondo; por lo que no se pretende alterar aquello que sí está definido en el ordenamiento jurídico peruano.

2.2.5. Vía procedimental y competencia

Al hablar de vía procedimental y competencia debemos partir que la existencia de la tutela anticipada solo se presenta en causas ya establecidas de la medida cautelar temporal sobre el fondo, en ese sentido, consideramos que para la

tramitación de esta tutela debe seguir bajo la jurisdicción y competencia, de los jueces que ven los procesos cognitivos, es así como la vía procedimental y la competencia seguirá bajo su naturaleza procesal, regulado en nuestro Código Procesal Civil:

Tabla 3
Medida temporal sobre el fondo y sus vías procedimentales

Causa	Art.	Vía procedimental	Juez competente
Asignación anticipada de alimentos	560	Proceso Sumarísimo	Juez de paz letrado
Divorcio y separación	480	Proceso de Conocimiento	Juez especializado en lo de familia
Ejecución anticipada de administración de bienes	769	Proceso No Contencioso	Juez de paz letrado o juez especializado en lo Civil.
Ejecución anticipada de desalojo	585	Proceso Sumarísimo	Juez de paz letrado o juez especializado en lo Civil.
Ejecución anticipada de interdicto de recobrar	603	Proceso Sumarísimo	Juez especializado en lo Civil.

Figura 23: Causas de acción

En este sentido no existe mucho que explicar que ocurre nos acogimos a lo ya regulado, en relación con la vía procedimental.

2.2.5.1. Proceso especial

La tutela anticipada no puede ser tramitada en un proceso cognitivo ni ejecutivo, de manera que le corresponde un proceso especial, el cual se regirá bajo sus propios presupuestos y atenderá situaciones de urgencia. Es ahí, donde nace su naturaleza especial, debido a que las causas y derechos que motivan la interposición de este tipo de medida gira en torno al estado de necesidad que debe ser atendido por la tutela jurisdiccional efectiva. En otros términos, existe un derecho vulnerado, susceptible de ser dañado irreparablemente, razón por la cual, el solicitante acude a

esta medida, con la finalidad, que su derecho sea protegido, ejerciendo de esa manera, su derecho fundamental de acceso a la justicia. Así, la administración de justicia debe proteger estas situaciones urgentes que ya se presentan en la sociedad actual.

En ese marco, la tutela anticipada deberá seguir el siguiente procedimiento:

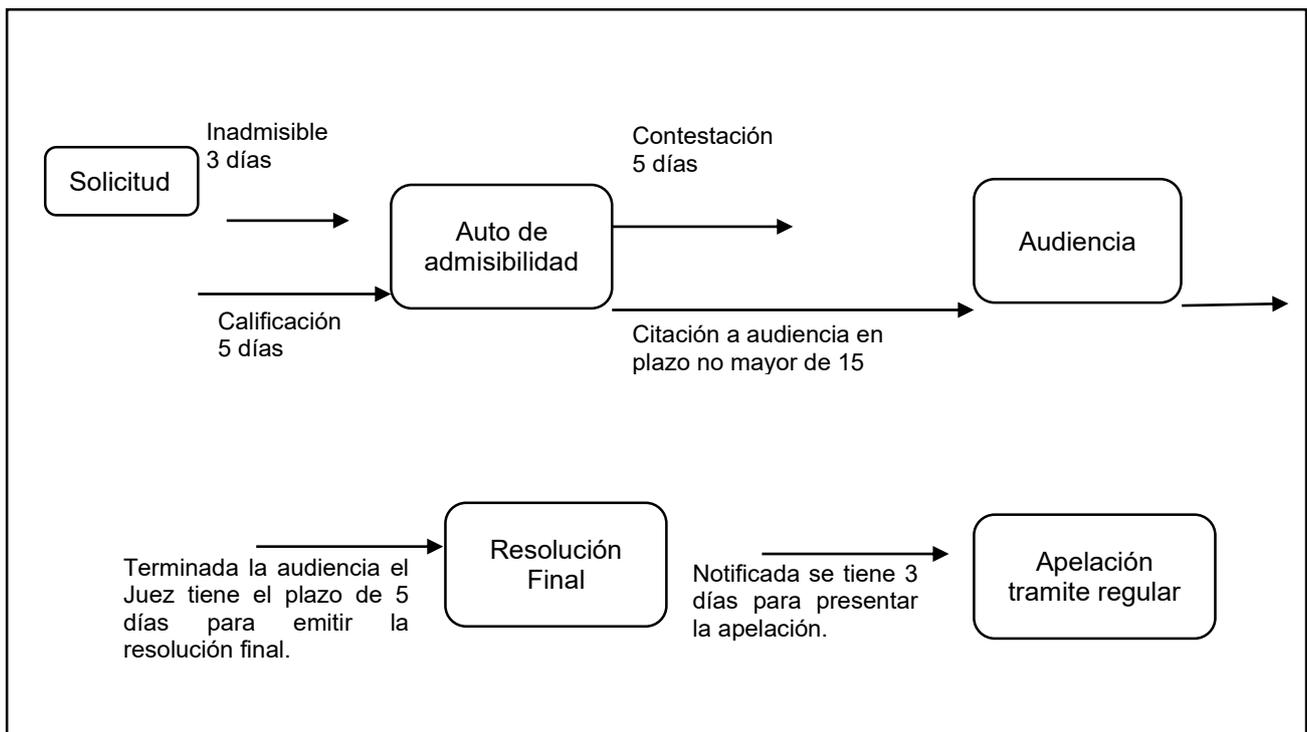


Figura 24: Proceso especial, elaborado por el propio autor

Precisiones:

➤ Una vez presentada la solicitud, esta es declarada inadmisibile, el juez debe otorgar un plazo no mayor a tres días para que la parte solicitante pueda subsanar las omisiones señaldas en la resolución correspondiente, de acuerdo con lo explicado en el siguiente cuadro:

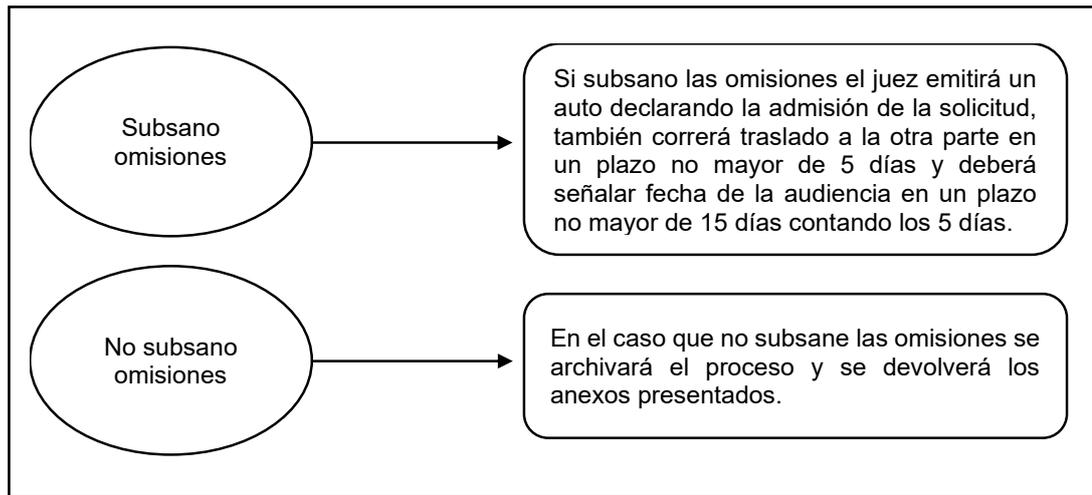


Figura 25: Plazo de inadmisibilidad

Cabe señalar que existe la posibilidad de que el juez puede declarar la improcedencia de la solicitud. En este caso, el peticionante tendrá el plazo de tres días para que pueda presentar el recurso impugnatorio correspondiente.

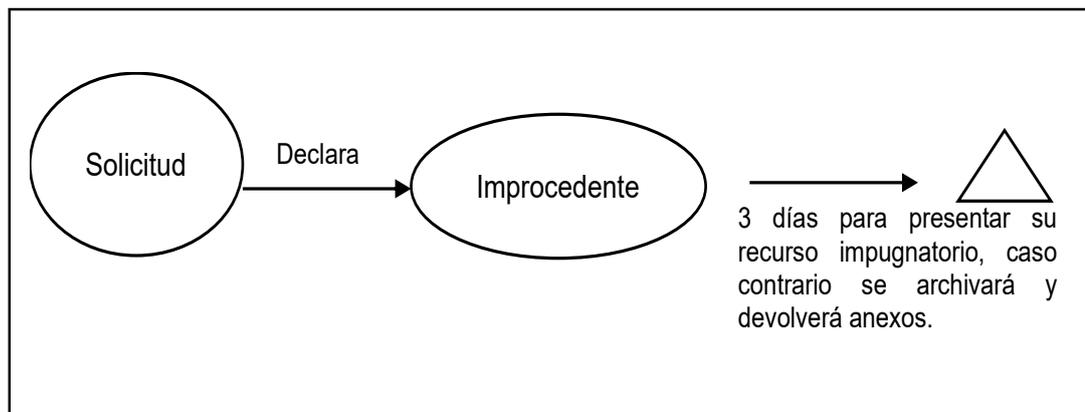


Figura 26: Apelación

➤ Si la parte emplazada no presenta su contestación dentro del plazo establecido, se declara su rebeldía de oficio. Esta acción debe ser ejecutada conforme la naturaleza urgente del proceso. Cabe destacar que, no es necesario una resolución que declare dicha rebeldía, toda vez que, con el vencimiento del plazo, se deberá aplicar los efectos de esta figura procesal.

➤ La nulidad se podrá presentar antes de la emisión de la resolución final o en audiencia. Esta será tramitada bajo las normas pertinentes en la materia.

➤ La audiencia se regirá por la técnica de la oralidad, siendo este un requisito importante para la celeridad de la decisión, como también, para la realización de un contradictorio.

➤ La resolución final debe declarar expresamente el orden y forma de la tutela anticipada, para evitar la probabilidad de la existencia de una interpretación errónea, que ocurre los jueces deben entender la naturaleza urgente de la medida, impidiendo llevar a efecto una aclaración.

➤ Como última precisión, se debe indicar que tanto el juez como los abogados defensores deben tener presente la naturaleza de esta institución, es decir, su cualidad de urgente; así como la comprensión de los términos como: casi certeza, prueba directa, reversión y el daño irreparable.

Finalmente, es menester apuntar que esta figura básicamente se alimenta por oralidad y se desenvuelve conforme su naturaleza.

2.2.6. Tutela anticipada y el derecho comparado

Es necesario señalar que la tutela anticipada no es una figura nueva y tampoco un invento peruano; dado que viene siendo desarrollada desde el siglo anterior hasta el día de hoy. Tiempo en el que ha ido madurando e independizando sus caracteres en cada normativa extranjera acorde a sus peculiaridades y sus sociedades.

Por lo tanto, es primordial analizar los siguientes ordenamientos:

2.2.6.1. Tutela anticipada en Brasil

Al hablar de Brasil y la tutela anticipada, se observa que esta figura se separa de la línea natural desarrollada por los grandes maestros italianos; y se termina por crear una tutela anticipada con sus propias características, ya reguladas en el Código Procesal Civil brasileño, desde el 2015. Por lo que, en su artículo 294 se decreta: “La

tutela provisional puede fundamentarse en urgencia o evidencia. Párrafo único, La tutela provisional de urgencia, cautelar o anticipada, puede ser concedida con carácter de antecedente o incidental”. Lo anterior se debe interpretar del siguiente modo:

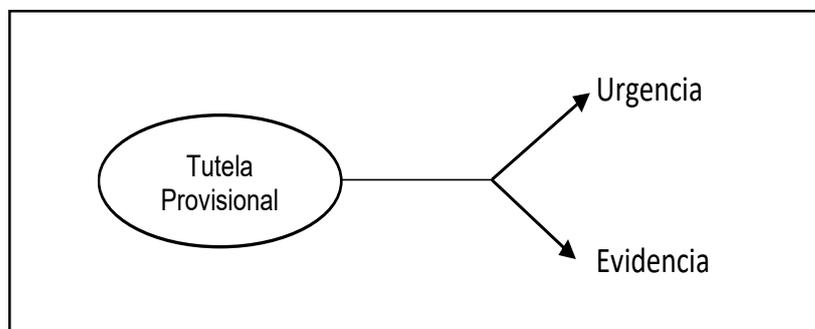


Figura 27: Tipos de tutela provisional

Dicho de otra forma, la tutela provisional contiene a la tutela anticipada y a la novedosa tutela de evidencia.

En relación con los procesos de evidencia, Peyrano (citado por Priori & Alfaro, 2018) sostiene lo siguiente: “La evidencia se sabe de una certeza clara, manifiesta y perceptible que nadie puede dudar racionalmente de ella” (p. 91). De lo dicho, si bien la teoría brasileña propone la necesidad del requerimiento de una evidencia basada en certeza pura; sin embargo, su norma, en la realidad, solo exige un alto grado de probabilidad. Por ese motivo, esta situación genera un problema de tecnicismo lo que conlleva a una libre interpretación, la misma que no podría ser aplicada en el ordenamiento jurídico peruano y se convertiría en un problema.

Ahora bien, respecto a la urgencia del modelo brasileño, esta se basa en la búsqueda de la probabilidad; sin embargo, no presenta un estándar para hacer una distinción entre cautelar y urgencia. Referente a eso, se debe evaluar el artículo 300 de su Código Procesal Civil (Ley 13.1005), regula las características de la denominada tutela de urgencia:

Artículo 300. La tutela de urgencia será concedida cuando existan elementos que evidencien probabilidad del derecho y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso:

1. Para la concesión de la tutela de urgencia, el juez puede, conforma el caso, exigir caución real o personal idónea para resarcir los daños que la otra parte pueda sufrir, pudiendo la caución ser exonerada si la parte económicamente vulnerable no pudiese ofrecerla.
2. La tutela de urgencia puede ser concedida liminarmente o luego de justificación previa.
3. La tutela de urgencia de naturaleza anticipada no será concedida cuando haya peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

La repercusión de este artículo estriba en que se establecen las características y elementos para la admisión de esta solicitud, los cuales serán detallados a continuación:

- Dentro de la normativa brasileña aún se regula como elementos a la probabilidad y el peligro de daño o riesgo. Esto debido a la duración del proceso. Cabe destacar que dicho requerimiento de existencia de probabilidad como requisito para otorgar la tutela anticipada, también se pide en las cautelares, que ocurre, con relación al elemento de peligro de daño o riesgo, entendido conceptualmente como el daño evidente, se advierte que es el único componente que diferencia a la tutela.
- Existe otro requisito que exige una causación real o personal. Similar condición hallada en las cautelares, a través de la contra cautela.
- La naturaleza de la anticipada se corresponde con la urgencia del proceso y la justificación previa.

- También existe como elemento el no peligro de irreversibilidad, desarrollado líneas arriba.

Los demás artículos de ese dispositivo normativo establecen requisitos de formalidad y detalles en relación con la causa. Por otro lado, se debe tomar en cuenta que la tutela anticipada de Brasil acoge el requisito de probabilidad, exigencia que también se pide en una medida cautelar, por lo que no hay un gran cambio. Además, igualmente se demanda la incorporación de una caución como una forma de contra cautela. Al respecto, también se incluye el elemento de daño, el cual es adoptado gracias a la influencia italiana.

Dicha norma fue desarrollada de acuerdo con la sociedad brasileña, teniendo gran incidencia de la corriente italiana, que también regula varios aspectos de la medida cautelar; sin embargo, la naturaleza urgente de la tutela anticipada debe ser reconocida y, por ello, no se puede permitir su mala regulación, pues esta tutela se otorga sobre la base de una necesidad. Es por eso, que su ordenación debe responder al contexto social de un país, siendo susceptible de tener modificaciones o aclaraciones según el transcurso del tiempo. En consecuencia, se debe precisar que el tratamiento realizado en el ordenamiento jurídico brasileño sobre la tutela anticipada no podría funcionar en el sistema jurídico peruano, ya que se puede caer en error y consecuentemente, emplear dicha figura como si fuera una cautelar, tal como ya viene sucediendo actualmente. A esto se añade, que la norma brasileña acoge los rasgos italianos en su estado de involución.

2.2.6.2. Tutela anticipada en Italia

En Italia se encuentran grandes maestros que, dentro del campo procesal, dejaron varios aportes a instituciones procesales, entre ellas a la tutela anticipada y las medidas cautelares.

Como se explicaba anteriormente, la tutela anticipada era regulada como parte de las medidas cautelares, como ocurre dentro del ordenamiento italiano, y se inició con las ideas de Giuseppe Chiovenda (2015), quien dio bases sobre los elementos esenciales de las cautelares, denominándolas acciones cautelares, término que Piero Calamandrei (2005) consideraba incorrecto en su libro *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Apreciación que para la presente investigación es la mejor forma de entender la teoría cautelar, dado que no se trata de acciones, sino de providencias; en sentido una providencia cautelar está destinada a asegurar el estado de ejecución. Asimismo, Calamandrei (2005) en su obra ya hacía referencia a las medidas de urgencia, también llamadas medidas temporales sobre el fondo, los cuales tenían el efecto de satisfacer de manera parcial o total una pretensión principal con la exigencia de los mismos presupuestos que se requieren en la tutela anticipada.

Ahora bien, una característica importante es la verosimilitud del derecho para el otorgamiento de la medida, que ocurre, cuando se hace referencia a dicha cualidad, se habla de probabilidad, puesto que el maestro indica que son sinónimos. Además, Calamandrei (citado por Cavani (2015), también lo denomina como “Gradaciones Psicológicas” (p. 811). Con todo eso, el problema reside en que el otorgamiento de las cautelares se debe dar bajo las mismas circunstancias de la teoría clásica, además que, tratarlos como sinónimos no es correcto. De igual modo, la temporal sobre el fondo, exige algo más que solo probabilidad.

Esté hecho después generó la idea de encontrar su propia naturaleza, por lo que nace de esa forma la tutela anticipada.

Así, se debe mencionar a otro de los grandes maestros: Michelle Taruffo (2012), quien establece una idea sobre el tema de verosimilitud y probabilidad, además señala que son términos independientes y no sinónimos. También, establece

que, el juicio de probabilidad debe estar basado en razón a una valoración de prueba según el sistema lógico. Ideas que se encuentra en una de sus primeras obras sobre teoría de prueba.

De lo anterior se debe aterrizar en la idea que la tutela anticipada nace como un proceso de urgencia que ya era reconocido por el sistema antiguo; sin embargo, su naturaleza se vino desarrollado cuando se generaban discusiones sobre los elementos, el estudio de la naturaleza y la provisionalidad cautelar. Posteriormente, con las ideas de Taruffo y otro más doctrinarios que apoyaron la reforma del Código Procesal italiano, se concedió independencia a la tutela anticipada con requisitos propios.

Por ello, es importante hablar de esta idea de verosimilitud, ya que de esta figura nace la idea de las características de la tutela anticipada, juntamente con el elemento de urgencia. Así, se tiene que el Código Procesal Italiano en su artículo 700 refiere lo siguiente:

artículo 700: Excepto en los casos regulados en las secciones anteriores de este capítulo, cualquiera que haya encontrado razones para temer que, durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en el curso normal de la vida, esto se ve amenazado por prejuicios inminentes e irreparables, puede recurrir al juez para que tome medidas de urgencia, que parecen, según las circunstancias, más adecuadas para garantizar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo (artículo 700).

Esta norma prescribe las reglas para la procedencia de la anticipada, determinando los siguientes parámetros: cuando con ninguna otra tutela se pueda satisfacer lo peticionado, cuando exista el peligro de que el tiempo de otorgamiento de la tutela, pueda generar un daño; y la más trascendente, la acreditación de un daño

inminente e irreparable, rigiendo el carácter provisional y afectando la decisión sobre el fondo.

En definitiva, la teoría italiana es la que podría ser más útil para desarrollar un correcto sistema de tutela anticipada, siguiendo las bases; pero con la aportación de la presente investigación que propone la utilización de la prueba directa para su concesión.

2.2.6.3. Tutela anticipada en Argentina-La Pampa

Otro precedente latinoamericano es lo normado por el Código Procesal de la Pampa-Argentina, el cual regula la tutela anticipada y estatuye lo siguiente:

Artículo 231: El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que, si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se efectivice contracautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto.

Lo propuesto, aquí, es un modelo óptimo de regulación de la tutela anticipada, que ocurre vislumbra en mejor medida los requisitos de urgencia, del daño inmediato e irreparable; y, sobre todo, presenta un contradictorio. Es necesario resaltar que la

naturaleza de su contradictorio, en relación con los efectos que pueda causar, se asemeja a la del proceso principal.

Sin embargo, también se debe manifestar que la tutela anticipada exige un mayor grado de probabilidad. Algo que debe ser considerado incorrecto, dado que incurre en una situación de libre interpretación que generaría problemas en su aplicación, más aun, en un sistema jurídico como el peruano donde existen problemas para la comprensión de verosimilitud.

No obstante, este modelo argentino brinda garantías constitucionales, pues, integra el contradictorio, la presentación de la oralidad y clarifica el contenido de los requisitos para su concesión.

Si bien este modelo es bueno, aún se mantiene la posición que no es el adecuado para el ordenamiento jurídico peruano.

2.3. Definición de términos básicos

Habiendo desarrollado en la investigación diferentes temas jurídicos, es necesario establecer los significados de los siguientes términos:

Tutela jurisdiccional efectiva. “Se denomina el derecho que permite el acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución firme sobre la pretensión deducida y el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes” (García, 2013, p. 943).

Jurisdicción. “Se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del estado y ejercida por un órgano especial” (Echandía, 1997, p. 95).

Debido proceso. “Se denomina al conjunto de derechos, principios y garantías que permiten que la tutela procesal de los derechos fundamentales de la

persona sea realmente efectiva durante el desarrollo de un proceso o procedimiento” (García, 2013, p. 977).

Proceso cognitivo. “Esta tutela gira en la obtención de un título que es la sentencia, una más actual distinción al objeto de la declaración de certeza y paradigma funciona que el título desarrolle” (Sumaria, 2013, p. 177).

Derecho a la prueba. “Es aquel que posee el litigante y que consiste en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso” (Narváez, 2017 p. 10).

Prueba directa. “Se habla de prueba directa por que el juez directamente percibe directamente el hecho por sí mismo a través de un instrumento adecuado (documentos o testigos)” (Narváez, 2017, p. 27).

Valoración de la prueba. “Es el procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho, la presencia de reglas que establezcan a priori y con eficacia vinculante el valor de ciertas informaciones” (Taruffo, 2012, p. 198).

Principio de contradicción. “Este principio se refiere que las partes tienen derecho a conocer, a controlar y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas o incorporadas al proceso” (Narváez, 2017 p. 16).

Proceso cautelar. “No se trata de la declaración de un hecho o una responsabilidad ni de la constitución de una relación jurídica ni de ejecutar un mandato y satisfacer un derecho que se tiene sin ser discutido ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o puedan derivarse del proceso” (Echandía, 1997, p. 166).

Instrumental. “En cuanto su eficacia cesa si el proceso de cognición plena concluye con una sentencia que declare la inexistencia del derecho” (Proto, 2014, p. 358).

Provisional. “De acuerdo con su naturaleza oncológica no idónea para dictar una disciplina de la relación controvertida: esta será dictada únicamente por la sentencia emitida al final del proceso de cognición plena” (Proto, 2014, p. 358).

Probabilidad. “Por probabilidad se entiende que es el conocimiento intermedio ante una situación de certeza, conocimiento que se volverá certeza mediante una sentencia que declara el hecho válido” (Taruffo, 2012, p. 30)

CAPITULO III: HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

1.1. Hipótesis y descripción de categorías

La formulación de las hipótesis brinda una respuesta a los problemas señalados, así el maestro Ramos (2014) afirma lo siguiente: “Es una proposición que puede ser puesta a prueba para determinar su validez” (p. 126). En ese sentido consideramos que las hipótesis presentadas en esta investigación pueden ser aplicadas, que ocurre la teoría y doctrina adoptada le brinda un soporte teórico.

1.1.1. Hipótesis general

Es posible describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil.

1.1.2. Hipótesis específica

- Es posible estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada como institución procesal.
- Es posible, incorporar la tutela anticipada mediante una modificación al Código Procesal Civil.

1.1.3. Categorías

Las categorías se presentan como un concepto que se usa en la investigación para ir explicando las características y fenómenos jurídicos que nacen de los problemas planteados en la investigación.

En el presente trabajo de investigación se dio enfoque a las siguientes categorías y subcategorías:

- Tutela jurisdiccional efectiva
- Jurisdicción
- Debido proceso
- Manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva.
- Tutela cognitiva
- Tutela cautelar
- Tutela ejecutiva
- Medida cautelar en el ordenamiento peruano
- Características de la medida cautelar
- Provisionalidad
- Instrumentalidad
- Prejuzgamiento
- Requisito de la medida cautelar
- Fumus bonis iuris
- Periculum in mora
- Contracautela
- Medida cautelar temporal sobre el fondo
- Características
- Tipos
- Desnaturalización de la medida
- Diferencia de los tipos de medidas cautelares con la temporal sobre el fondo.
- Tutela anticipada
- Características de la tutela anticipada

- Contradictorio
- Provisional
- Instrumental
- Requisitos de la tutela anticipada
- Declaración de casi certeza
- Tutela anticipada y el derecho comparado
- Tutela anticipada en Brasil
- Tutela anticipada en Italia
- Tutela anticipada en Argentina-La Pampa

Al final de la metodología solo se presenta los dos primeros niveles, de las categorías de investigación.

CAPÍTULO IV: ASPECTOS METODOLÓGICOS

4.1. Enfoque, diseño, alcance y tipo de la investigación

4.1.1. Enfoque de la investigación: cualitativo

El enfoque de la investigación es cualitativo siguiendo a Hernández, Fernandes & Batista (2014), quienes afirman lo siguiente: “El enfoque cualitativo busca principalmente la “dispersión o expansión” de los datos e información” (p. 10), de acuerdo con lo señalado y con la información recolectada, en este trabajo se realizó un análisis a la teoría vigente delimitada por las categorías de estudio, a fin de determinar un marco teórico que sea base de nuestra hipótesis, en ese sentido este enfoque busca describir e interpretar las categorías descritas líneas arriba.

4.1.1.1. Tipo de investigación general: básica

Al hablar de tipos de investigación debemos establecer que en el “campo de las ciencias sociales, las investigaciones consideradas básicas son las que disciernen sobre el desarrollo de teorías o proposiciones generales en un determinado campo del conocimiento” (Aranzamendi. 2013, p. 46), es decir, en nuestro caso desarrollaremos una teoría procesal.

El tipo de esta investigación es básica porque “pretende hacer aportes teóricos al derecho o crear conceptos que desarrollen un determinado sistema o rama jurídica” (Aranzamendi. 2013, p. 92). Asimismo, “su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar o cuestionar las existentes, incrementar los conocimientos filosóficos de carácter jurídico” (Aranzamendi. 2013, p. 92). Con esta investigación, pretendemos cuestionar un error existente, regulado en nuestro Código Procesal Civil manifestado como una desnaturalización de una institución procesal autónoma de la teoría cautelar, y así poder determinar la finalidad natural de la tutela anticipada como

una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, como una teoría moderna que brinda solución a un daño inmediato o irreparable.

4.1.1.2. Tipo de investigación jurídica: proyectiva

Esta es una investigación jurídica de tipo teórico, por lo que el maestro Aranzamendi (2015), afirma lo siguiente:

Una característica de la ciencia es predecir acontecimientos y proyectarse a resolver problemas del futuro. Estas investigaciones culminan generalmente con propuestas normativas o proposiciones jurídicas que presiden situaciones o hechos futuros partiendo de premisas vigentes. Analizan situaciones particulares presentes para ser aplicados ulteriormente (p. 245).

Consideramos que esta es una investigación jurídica de tipo proyectiva, que ocurre de acuerdo a los problemas planteados y a nuestra hipótesis, además este trabajo se centra en una modificación al Código Procesal Civil, lo que afirmamos en ese sentido, ya que se tiene a debate la incorporación de la tutela anticipada a nuestro ordenamiento jurídico, y con esta investigación establecemos como se debería de regular en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.2. Nivel de investigación: descriptivo

En este punto, para identificar el alcance de investigación de esta investigación, debemos partir por señalar el concepto, en este nivel “consiste en describir las partes o los rasgos de fenómenos facticos o formales del derecho” (Aranzamendi. 2015, p. 243). Es así que por la naturaleza, este trabajo se analizó cada una de las categorías a fin de determinar los fenómenos de las desnaturalizaciones de la tutela anticipada regulada como medida cautelar temporal sobre el fondo.

El desmembramiento de las categorías es parte importante del alcance descriptivo que ocurre al no contar con variables por la naturaleza de la investigación se deben desarrollar las categorías que ocurren a partir de ellos, por tanto, tenemos las hipótesis como respuestas a los problemas planteados, como propuesta y resultado de la investigación.

4.1.3. Método de investigación

Cuando se usa el método de análisis lo que se busca es identificar las causas, considerando por separado las partes del estudio, en este caso las categorías que se establecieron, los cuales pertenecen a la realidad del problema que queremos solucionar, para posteriormente establecer relaciones causales y sobre la base de ello proponer la solución que englobe todos los aspectos observado en el estudio. (Aranzamendi, 2013, p. 109).

4.1.4. Diseño de investigación: no experimental-longitudinal

Por la naturaleza de la investigación, se tiene que el estudio se hace sobre hechos pasados, partiendo de la regulación de nuestro Código Procesal Civil, razón por la cual se realizaron investigaciones de nivel doctrinario, aclarando y dilucidando esta nueva teoría. Por ello, se usa el diseño no experimental-longitudinal, ya que, mediante un enfoque retrospectivo, donde el investigador no tiene intervención directa en los hechos, se analizarán los hechos pasados como base del estudio, los mismos que no pertenecen a un único momento sino a un período de tiempo, que inicio cuando inicia la aplicación de la norma hasta la actualidad.

4.1.5. Universo, población y muestra

a) Universo

El universo se constituye en relación con toda teoría doctrinal internacional y nacional relacionada a los temas de tutela jurisdiccional efectiva, los mismos que configuran un universo infinito (en tanto se desconoce la cifra exacta de este universo doctrinal), así mismo cabe mencionar que la presente investigación no cuenta con criterios de exclusión e inclusión por la naturaleza de la interrogante planteada.

b) Población

Siendo que no se tiene criterios de exclusión ni inclusión por la naturaleza de la investigación aún se cuenta con una población de estudio infinita.

c) Muestra

Tomando en cuenta que no se ha podido generar un carácter de delimitación finita de la población de estudio, a fin de contar con una muestra finita y manipulable para la investigación que se pretende realizar es que optamos por utilizar un muestreo de corte cualitativa no probabilístico (Intencional), que se caracteriza porque el investigador establece criterios de selección de la conformación de su muestra de estudio. En este caso puntual conformaremos una muestra de doctrina analizable basándonos en los siguientes criterios:

- Se privilegiará las fuentes doctrinales de corte nacional.
- Se establecerá preferencia por doctrina elaborada por reconocidos jurisconsultos en la materia y, en caso de autores poco conocidos, que sean reconocibles por la institución que los avala.

La definición total de la muestra de estudio será demarcada por la técnica de *bola de nieve*, que ocurre esta se utiliza para localizar, por referencias, a miembros de poblaciones peculiares en razón a la selección exclusiva de teoría doctrinal de la tutela anticipada como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva.

Tabla 4
Muestras, población y universo

Universo	Población	Muestra
Toda la teoría de la tutela jurisdiccional efectiva. ∞	No existiendo criterios de exclusión y exclusión aún tenemos una población ∞	De acuerdo con la Técnica Bola de Nieve, actualmente contamos con 44 artículos de investigación entre libros. Revistas, comentarios y tesis de pregrado, de referencia

4.1.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.1.6.1. Bibliografía y/o documental: análisis documental

En la presente investigación, la recopilación de datos y recolección de información fue relevante al tema de investigación, entre ellos el fichaje de libros, investigaciones, artículos revistas, comentarios tesis de pregrado y posgrado, en ese sentido Palacios & Ñaupas (2016) arguyen lo siguiente: “Consiste en la selección de documentos, constituidos por libros, artículos de revistas, artículos de periódicos confiables, tesis de maestría, informes de investigación, entre otros” (p. 376). Por tanto, esta fue la única técnica para la recolección y selección de datos para este trabajo de investigación.

CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Resultados del tratamiento de la información

Dentro del presente capítulo, buscaremos evidenciar si los objetivos planteados en este trabajo de investigación se pudieron verificar, tras la verificación de la revisión documental contrastada con un análisis dogmático, de la siguiente manera:

Primer resultado. Debemos partir por nuestro primer objetivo: “Describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil”. De acuerdo con una exhaustiva revisión de dogmática, advertimos que la naturaleza de la tutela anticipada se presenta como una institución autónoma e independiente de la tutela cautelar, que ocurre la anticipada presentación de requisitos propios como los siguientes: daño inminente, irreversibilidad y entre otras; características que no se tienen en una cautelar, así también se presenta mediante un proceso especial el cual busca atender la urgencia de la situación, por lo que sería más corto que un proceso cognitivo.

Tomando en cuenta lo anterior, la dimensión de acceso a la justicia de la tutela jurisdiccional efectiva, con la nueva manifestación, se vería de la siguiente manera:

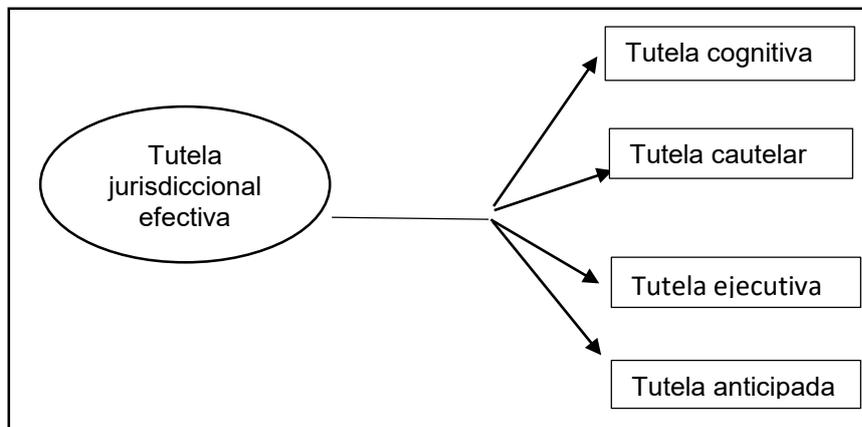


Figura 28: Manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva

Figura que demuestra nuestro primer resultado a nivel teórico dogmático, en cumplimiento de nuestro objetivo, partiendo de que la tutela jurisdiccional efectiva en el marco del derecho, no solo se regula como derecho fundamental, sino también como principio, que dentro de todas sus dimensiones tiene una que es la de acceso a la justicia, que dentro de ella se presentan las llamadas manifestaciones que gozan de autonomía e independencia, como la tutela de cognición que busca declarar un derecho a una de las partes, la cautelar que busca proteger la ejecución de una sentencia o la ejecutiva que solo ejecuta un derecho reconocido, tutelas que cada una brinda un efecto diferente, a ellas se le incorpora lo que es la tutela anticipada como una manifestación más, que regula y protege las situaciones urgentes que otro tipo de tutela no puede atender, con lo obtenemos nuestro primer resultado.

Segundo resultado. Partiendo de nuestro segundo objetivo: “Estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada”, debemos mencionar que para encontrar la naturaleza de lo que es la tutela anticipada, tuvimos que analizar la institución procesal de la tutela cautelar que fue desarrollada por la legislación italiana y sus grandes maestros, como Calamandrei (2005), quien ya trataba sobre la naturaleza de las medidas temporales sobre el fondo, las medidas innominadas, aquellas que, en ciertas situaciones anticipaba una pretensión que se veía en un proceso cognitivo, así también el gran maestro ya nos advertía sobre su idea de graduaciones psicológicas para lo que es la identificación del *fumus bonis iuris* o probabilidad del derecho

solicitado, tomando en cuenta esta posición, diversos doctrinarios italianos como Taruffo (2015) iban en contra de la idea de Calamandrei (2015), no obstante, reconocían la existían de medidas cautelares que anticipaban resultados de procesos principales. Por lo que para el 2004 con la reforma del Código Procesal se dejó de la lado esa idea, que dentro de las medidas cautelares existiera un tipo que anticipa las pretensiones de fondo y se reconoció como una tutela autónoma e independiente a la tutela anticipada como procesos especiales de urgencia a partir del 2004.

En ese sentido siguiendo con ese conocimiento recogido, con el análisis de sus grandes obras, debemos analizar la situación de nuestro ordenamiento jurídico, arribando a lo establecido en el artículo 674, que regula la medida cautelar temporal sobre el fondo, el cual no sufrió muchas modificaciones. En ese sentido, dicho artículo genera una desnaturalización completa a lo que viene a ser las medidas cautelares, pues ella anuncia como efectos el anticipar en parte o total la pretensión de un proceso principal, dato importante, ya que con ello llegamos al resultado que dicho artículo con su regulación actual tiene una naturaleza de ir en situaciones urgentes, es más para su concesión exige más que la probabilidad solicitada por una cautelar. Así también, exige lo que es la irreversibilidad cosa que es muy diferente de la contracautela, motivo por el cual las medidas temporales sobre el fondo muestra una verdadera naturaleza que atiende a situaciones urgentes, que ocurre este artículo tiene la imagen de la anterior norma procesal civil italiana, por lo que no resultó muy difícil encontrar su verdadera naturaleza e identificar que no debe ser parte de las medidas cautelares, que ocurre como segundo resultado obtenemos que la naturaleza de la tutela anticipada es urgente.

Tercer resultado. En relación con nuestro último objetivo: “Determinar si es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil”, la respuesta a lo planteado es una posibilidad jurídica, ya que consideramos que, sí se puede

incorporar esta nueva especie de tutela, mediante una modificación en el Código Procesal Civil, siguiendo el razonamiento de una de las reglas establecidas el Título I del Código Civil, mediante la derogación por una declaración expresa, a lo que viene a ser todo el subcapítulo 2 del capítulo 2 del Título IV sobre el proceso cautelar (del Art. N.º 674 al 681), e incorporando un subcapítulo como procesos especiales, donde se incorporara la tutela anticipada a nuestro ordenamiento jurídico.

De lo señalado probamos que alcanzamos los objetivos planteados en esta investigación, y se arriban a nuestros tres resultados que muestran la valoración que se dio a los recursos bibliográficos que se utilizó en esta investigación.

5.2. De las fortalezas y debilidades

Al hablar de fortalezas y debilidades dentro de esta investigación, debemos ir en primer orden con las primeras:

➤ Una de las fortalezas de esta investigación radica en su marco teórico, que en ella desarrolla de manera estructural las categorías como tutela jurisdiccional efectiva, medida cautelar en el ordenamiento peruano, medida cautelar temporal sobre el fondo, tutela anticipada y tutela anticipada en el derecho comparado, trabajo importante, ya que consideramos que el desarrollo de ellas es indispensable para probar nuestras hipótesis, lo que queremos decir que esta investigación presenta un desarrollo dogmático de la norma procesal, de donde se encontró el problema, para una después solución.

➤ Consideramos también que como fortaleza tenemos el desarrollo de lo que es derecho comparado, para ello la normativa brasileña e argentina presentan ya una normativa con ciertas ideas de lo que es la tutela anticipada y también lo que es la norma italiana, la que consideramos que es la que desarrolla mejor ciertos requisitos propios de la medida, porque consideramos el derecho comparado como una

fortaleza; ya que con el desarrollo de ello como una categoría brinda fuerza a nuestra propuesta, que ocurre probamos que la idea de incorporar esta tutela a nuestro ordenamiento jurídico puede funcionar claro está con ajuste a nuestra realidad ante situaciones que ya no pueden ser atendidas por las tutelas clásicas.

De las debilidades

➤ Como debilidad tenemos que nuestra propuesta de tutela anticipada no se apega a la reforma del Código Procesal Civil que presenta la deconstrucción de la tutela anticipada bajo líneas del Código Procesal de Brasil. En sentido consideramos ello una debilidad, ya que en comparación con nuestra propuesta, que se da bajo líneas más de una incorporación y respetando ciertas instituciones que ya se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, la propuesta de la deconstrucción se enfoca trayendo lo que es la tutela anticipada a la idea brasileña, idea que no compartimos, ya que aún seguiríamos sufriendo de tecnicismo jurídico y en vez de dar una solución generaríamos problemas, como la interpretación que todos los abogados o jueces le puedan dar en relación a su conocimiento o conveniencia a lo que es requisito grado alto de probabilidad que ocurre para nuestro sistema jurídico aun ni se determina lo que es probabilidad, por lo que consideramos la única debilidad y rechazamos tal propuesta de la reforma en relación de una comparación con el presente estudio.

CONCLUSIONES

1. **Primero**, dentro de lo que es la tutela jurisdiccional efectiva y su regulación clásica de nuestro Código Procesal Civil, en su dimensión de acceso a la justicia, debemos entender que esta ya no es suficiente para satisfacer las nuevas situaciones emergentes que la sociedad genera día a día, por lo que a causa de ello, se presenta nuevas tutelas que si llegan a atender estas incertidumbres jurídicas, una de ellas que es la tutela anticipada que a nivel dogmático se presenta como una manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva y que por sus componentes y naturaleza, brinda una atención especial a los casos urgentes o donde exista un daño irreparable, está teniendo un carácter autónoma e independiente como la tutela cognitivo o cautelar.
2. **Segundo**, con el estudio de diferentes posiciones dogmáticas y de derecho comparado, arribamos a la conclusión que la tutela anticipada tiene una naturaleza procesal, que atiende directamente los casos urgentes donde existe un daño inmediato irreparable, casos que no pueden ser atendidos por otras manifestaciones, mucho menos por instituciones desnaturalizadas como las medidas cautelares temporales sobre el fondo, que en el fin solo desnaturaliza a la tutela anticipada y la limita a una proporción mínima de sus efectos procesales como una tutela autónoma.
3. **Tercero**, de acuerdo con lo desarrollado en esta investigación, concluimos que la tutela anticipada sí puede ser incorporada nuestro ordenamiento jurídico mediante una modificación al Código Procesal Civil o su incorporación como un proceso especial, el cual tiene características y requisitos propios como lo señalado en nuestro marco teórico.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda utilizar las medidas cautelares sobre el fondo con cuidado de su aplicación ante un juzgado, ya que no existe una uniformidad entre los juzgados, por lo que algunos jueces reconocen a tal medida como cautelar y otros como anticipada, lo que genera que no haya una línea jurisprudencial que establezca y aclare los parámetros para su concesión.
2. Se recomienda que al plantear la modificación del Código Procesal Civil, y la separación e independencia de la tutela anticipada, se realice viendo la experiencia de otros países y una vista a nuestra sociedad, que ocurre de acuerdo con un análisis a la reforma del Código Procesal, se pretendía incorporar esta medida bajo líneas similares a la regulación brasileña, lo que a nuestra percepción, no será una de las mejores, ya que consideramos que la experiencia italiana y lo regulado en el Código Procesal de Las Pampas-Argentina genera una mejor visión, que ocurre utilizan mecanismos propios de su ordenamiento para su regulación y funcionamiento de la anticipada.
3. Se recomienda que, con la reforma o la modificación e incorporación de la tutela anticipada, cuando se regule los requisitos se establezca claridad en ellos y no caer tanto en un tecnicismo jurídico, lo que a la larga presenta problemas de interpretación y es complicado tener una uniformidad jurisprudencial; en tal sentido recomendamos lo siguiente:

Artículo: Fuera de los casos regulados en el presente código, los interesados podrán solicitar esta medida anticipada de carácter urgente, cuando se evidencie un daño inmediato e irreparable.

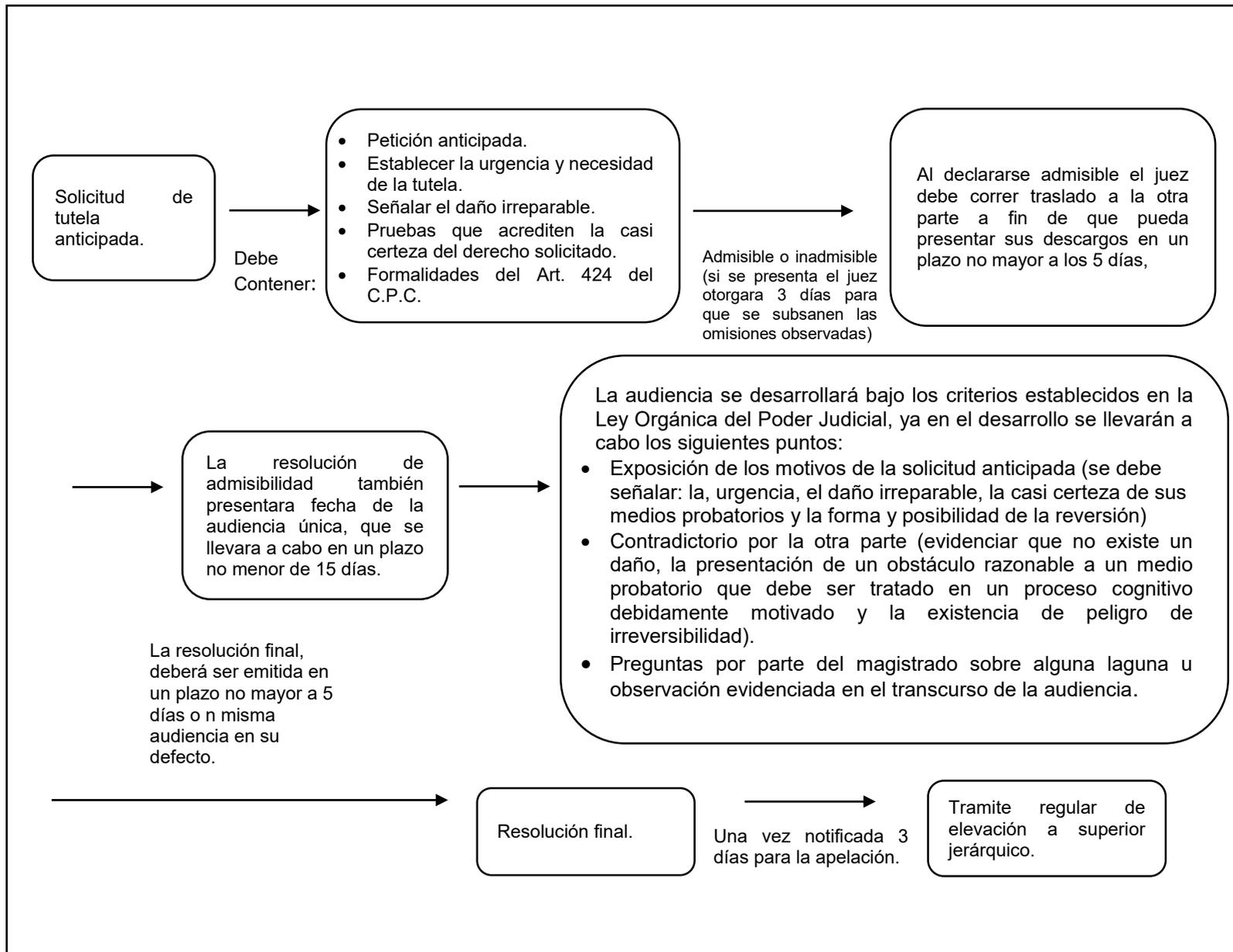
Artículo: Para la concesión de esta medida de urgencia, la solicitud debe acreditar: la declaratoria de la casi certeza de lo peticionado,

prueba que acredite fehacientemente el daño inminente e irreparable y la posibilidad de reversión de lo solicitado.

Artículo: Declarada admisible la solicitud el juez hará traslado de la solicitud a la otra parte, y dentro de la misma resolución convocará a una audiencia única dentro del plazo no mayor de 15 días.

Artículo: El proceso especial de tutela anticipada estará, compuesto bajo, los siguientes plazos: presentada la solicitud el juez tiene como máximo 5 días para la calificación; si esta es declarada inadmisibile, dentro de los 3 días deberá presentar sus subsanaciones observadas; emitido el auto de admisibilidad el juez correrá traslado para que en un plazo no mayor a los 5 días conteste la solicitud, así también dentro del mismo auto señalara fecha de audiencia, ambos actos correrán plazos desde del día siguiente de su notificación; terminada la audiencia el juez puede emitir sentencia al culminar o dentro de los 5 días siguientes, llevada a cabo; la parte afectada podrá presentar su apelación dentro de los 3 días siguientes de la resolución final.

De lo recomendado, presentamos el siguiente flujograma del proceso especial de tutela anticipada:



f

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuña, V. (2017). *Un análisis crítico de la aplicación de la regla inaudita altera parte en el Código Procesal Civil Peruano*. Tesis (Maestría en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Lima, Perú.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*. Arequipa: Grijley.
- Aranzamendi, L. (2015). *Investigación jurídica de la ciencia y el conocimiento científico*. Lima: Grijley.
- Ariano, E. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad objetiva del juzgador: Un tema para el debate. *Athina*, (10), 107-125. Recuperado de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Athina/article/view/1155>.
- Baires, H. (2008). *La tutela anticipada en el derecho administrativo salvadoreño: especial referencia a las medidas innovativas*. Tesis (Licenciado en Derecho). Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. San Salvador, El Salvador.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores.
- Carnelutti, F. (1960). *Instituciones del proceso civil* (Quinta Edición). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Carrión, J. (2014). *Código Procesal Civil* (Tomo I y III). Lima: Ediciones Jurídicas.
- Cavani, R. (2013). Todavía sobre tutela cautelar, tutela satisfactiva anticipada y técnica anticipatoria. *A fojas Cero*, Recuperado en: <https://afojascero.com/2013/03/03/todavia-sobre-tutela-cautelar-tutela-satisfactiva-anticipada-y-tecnica-anticipatoria/>.
- Cavani, R. (2015). Verosimilitud, probabilidad: ¿Da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. *Direito Probatório*, (5), 808-825, Recuperado de: https://www.academia.edu/19038713/Verosimilitud_probabilidad_y_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba.
- Corporación Financiera de Desarrollo Sociedad Anónima vs Fernández & Salas. (2012). *Sentencia del Pleno Casatorio, Casación N.º 2402-2012*. Lambayeque: Corte Suprema de Justicia del Perú.
- Couture, E. (2005). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Cuarta Edición). Montevideo: Editorial Montevideo de Buenos Aires.

- Echandía, D. (1997). *Teoría general del proceso* (Tercera edición). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Sexta Edición. México DF: Mcgrawhill.
- Hinostroza, A. (2010). *Comentarios al Código Procesal Civil (Tercer Tomo)*. Lima: Lima, Perú: IDEMSA.
- Hurtado, M. (2006). *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra Editores.
- Ledesma, M. (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil (Tomo I y III)*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2013). *La tutela cautelar en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Editores.
- Ledesma, M. (2017). *La prueba en el Proceso Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Marinoni, G. (2000). *Tutela anticipatoria*, *Revista ICDP*, 26(26), 177-185, recuperado de: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/178/pdf>
- Marinoni, G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima: Editora Palestra.
- Marinoni, G. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra.
- Martínez, P. (2015). *La teoría cautelar & tutela anticipada*. Lima: Griley.
- Mitidiero, D. (2013). *Anticipación de la tutela de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*. Trad. Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons.
- Monroy, J. (2009). *La postulación del proceso en el Código Procesal Civil. Procesal Civil: Alexander Rioja Bermúdez*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/10/01/postulacion-del-proceso-en-el-codigo-procesal-civil/>.
- Palacios, J; Romero, H; Ñaupas, H. (2016). *Metodología de la investigación jurídica*. Lima: Grijley.
- Palacios, E. (2004). Reflexiones sobre la caducidad de las medidas cautelares. *Ius et Veritas*, (29), 23-31, Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11531>.
- Pérez, C. (2010). *Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Tesis (Doctorado en Derecho). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho. Lima, Perú.
- Peyrano, J. (2012). Las resoluciones judiciales diferentes: anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias. *Ius et Veritas*, (45), 82-87, Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11990/12558>

- Priori, G. & Alfaro, L. (2018). *Reforma del proceso civil: III Coloquio de Centros y Talleres de Investigación de Derecho Procesal*. Lima: PUCP. Recuperado de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/133524>.
- Proto, A. (2014). *La Tutela Jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- Raffo, M, Blume, E, Quiroga, A, Lama, H, Ramírez, N, & Danós, J. (2005). Mesa Redonda: Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (25), 95-120, Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17009>.
- Ramos, C. (2018). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Griley.
- Retes, Hiram. (2011). *La tutela anticipada en el ámbito Procesal Civil un examen a las experiencias brasileña y chilena*. Tesis (Licenciado en Derecho), Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho. Santiago, Chile.
- Rioja, A. (2009). *El Proceso Civil*. Arequipa: Editorial Adrus.
- Rubio, M. (2012). *Para conocer la Constitución de 1993 (Tercera Edición)*. Lima: Fondo editorial Universidad Católica del Perú.
- Sociedad Inmobiliaria del Pacifico vs Teleatento del Perú. (2010). *Resolución, Casacion N.º 00738-2010-0-5001-SU-CI-01*. Lima: Sala Suprema Civil Transitorio de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- Sumaria, O. (2013). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Ara Editores.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la Prueba*. Lima: Ara Editores.
- Terrazos, J. (2004). El debido proceso y sus Alcances en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (23), 160-168, Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16865>.
- Vega, M. (2017). *La tutela sumaria anticipatoria en el proceso civil de conocimiento como resultado de la técnica de la ponderación aplicada al conflicto entre el derecho del demandante a la efectividad de la tutela material y el derecho de defensa del demandado, en los casos en que la pretensión es susceptible de valoración económica*. Tesis (Abogado), Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, Perú.
- Villegas, R. (2014). *La Tutela Jurídica Constitucional Ecuatoriana dentro del Estado Social de Derecho y Justicia Social*. Tesis (Licenciado en Derecho), Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Quito, Ecuador.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Tipo
¿Es posible explicar la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil?	Describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil	Es posible, describir la naturaleza de la tutela anticipada en su manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, regulada como parte de las medidas cautelares sobre el fondo en el Código Procesal Civil	Básica
			Tipo jurídico
			Proyectiva
			Nivel
			Descriptivo
			Método
			Análisis
Problemas específicos	Objetivos específicos	hipótesis específicas	Diseño
¿Cuál es la naturaleza jurídica de la tutela anticipada? ¿Es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil?	Estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada. Determinar si es posible incorporar la tutela anticipada al Código Procesal Civil.	Es posible estudiar la naturaleza jurídica de la tutela anticipada como institución procesal. Es posible, incorporar la tutela anticipada mediante una modificación al Código Procesal Civil.	No experimental-longitudinal
			Variables/categorías
			<ul style="list-style-type: none"> ● tutela jurisdiccional efectiva
			<ul style="list-style-type: none"> ● Medida cautelar en el ordenamiento peruano
			<ul style="list-style-type: none"> ● Medida cautelar temporal sobre el fondo
			<ul style="list-style-type: none"> ● Tutela anticipada
			<ul style="list-style-type: none"> ● Tutela anticipada en el derecho comparado

Universo 1	teoría doctrinal relacionado a T.J.E. Siendo su naturaleza se cuenta con un universo ∞	Universo 2	----- ----	Técnica(s) Instrumento(s)	
Población 1	Siendo que no existen criterios de exclusión ni inclusión se cuenta con una población ∞	Población 2	----- ----- --	1. Análisis documental	1.Ficha revisión documental
Muestra 1	Técnica de Bola de Nieve: Punto de Saturación Actual = 45	Muestra 2	----- -----	2.	2.