

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho

Proyección Social



La grave vulneración de derechos fundamentales de una menor de edad producida por una tutela judicial nada efectiva y la no aplicación del Principio de Interés Superior del Niño en sede judicial.

Autora:

SANDRA DIAZ RODRIGUEZ

Diciembre de 2016

INTRODUCCIÓN:

A propósito de la resolución judicial de fecha 05 de mayo de 2015 emitida por el Primer Juzgado de Paz Letrado de la Molina y Cieneguilla que declara IMPROCEDENTE la solicitud de Medida de Asignación Anticipada interpuesta en un proceso de Aumento de Alimentos (para menor de edad). Fundamentando la decisión en la existencia de Acta de Conciliación Extrajudicial que data de cinco años atrás, en la que se fijó pensión alimenticia muy inferior a la que hoy se demanda y que según la demandante, el demandado incumplió desde que tomó conocimiento del proceso judicial. Es de resaltar que a la fecha de interposición de la medida el demandado contaba con trabajo estable y es parte del petitorio de la demanda la variación de la forma de prestar la obligación alimenticia de cantidad fija a porcentaje.

La medida de asignación anticipada de alimentos en el ordenamiento jurídico procesal peruano, como una medida temporal sobre el fondo del asunto está regulada dentro de la tipología de medidas cautelares específicas, siendo que su naturaleza es la de una ejecución anticipada de sentencia perteneciendo a la tipología de medidas anticipadas.

Esta confusión teórica origina que, los jueces interpreten que dicha medida por su carácter excepcional procede solo en los casos de prestación de alimentos donde no se cuenta con pensión fijada previamente. Debiendo ser improcedente cuando se cuenta con un título ejecutivo como el Acta de Conciliación Extrajudicial, porque en estos casos, ya existe una pensión determinada y existe también una vía procedimental pertinente que es el Proceso de Ejecución. Lo que significaría que existiría una incompatibilidad entre la medida de Asignación Anticipada y el título ejecutivo, que no permitiría amparar dicha solicitud.

En ese sentido, la citada resolución establecía que, ante el incumplimiento sobreviniente de la prestación alimenticia la demandante debía interponer otro proceso judicial para ejecutar lo no pagado por el demandado durante el proceso, de lo contrario la menor debía afrontar dicho proceso sin pensión alguna.

Por otro lado, de haber procedido la asignación anticipada se hubiera ordenado la retención de cierto porcentaje (fijado por el juez) de la remuneración del demandado, quien percibía en aquel entonces una remuneración por encima del ingreso promedio, siendo que con ello la menor hubiera satisfecho su derecho alimentario de forma efectiva y oportuna. Lejos de ello, se dejó a la menor alimentista totalmente desprotegida.

Sin embargo, después de emitida la sentencia que otorga una pensión alimenticia del 40% de la remuneración, el demandado dejó de trabajar siendo que a la fecha se encuentra pendiente de aprobar la liquidación de pensiones alimenticias devengadas que difícilmente podrán ser ejecutadas, por lo que tendrá que irse a la vía penal a formar parte de la larga lista de obligaciones alimenticias impagas. Lo que resulta poco menos que absurdo.

CAPITULO I: MARCO TEÓRICO

1. La medida de asignación anticipada como manifestación de tutela cautelar.

Si bien nuestra legislación establece que la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva a emitirse en un proceso principal, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las medidas cautelares también tienen por finalidad, preservar los derechos en posible riesgo mientras no se resuelva el conflicto de intereses en juego; y con ello prevenir los daños irreparables que pudieran producirse por el transcurso del tiempo. En ese sentido podemos afirmar que, las medidas cautelares como manifestación de la tutela cautelar, también llamada tutela preventiva, tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una pretensión declarativa y de ejecución y con ello **asegurar** la efectividad de la tutela declarativa y de la tutela ejecutiva.

Por otro lado, el artículo 612° del Código Procesal Civil establece que toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable. Por prejuzgamiento debemos entender la actividad cognitoria sumarísima consistente en la necesidad de que el Órgano Jurisdiccional examine la concurrencia de una serie de requisitos o condiciones que van a justificar la adopción de la medida y con ello la injerencia en la esfera jurídica del demandado. Cuando se dice que la medida cautelar es provisoria se está haciendo referencia a que tiene una duración limitada en el tiempo ya que pueden ser modificada, revocada y se encuentra en permanente espera de lo que ocurra en el proceso principal. La instrumentalidad es una característica de las medidas cautelares que radica en que ellas no constituyen un fin en sí mismas, sino que son el medio o el instrumento para asegurar los derechos que emanen de la sentencia final. Asimismo, los presupuestos o condiciones para la obtención de una medida cautelar son: la verosimilitud del derecho o lo que se conoce en doctrina como la **apariencia de buen derecho** o “fumus boni iuris” o humo de derecho, es decir la probabilidad o apariencia

razonable de que si se pronunciase la sentencia esta declararía fundada la demanda, no se exige comprobación de certeza del derecho invocado. El peligro en la demora, que se desprende de la necesidad de prevenir la infructuosidad de la futura ejecución y la necesidad de que del estado de insatisfacción del derecho discutido no derive un perjuicio irreparable para el accionante. La contracautela que es la garantía que otorga el solicitante de una medida cautelar para garantizar los posible daños que pudieran producirse al demandado con la ejecución de la medida.

Desde la clásica doctrina procesal, las medidas cautelares que se dictan siempre a la luz de un proceso principal, eran concebidas como una respuesta jurisdiccional en el marco de un proceso denominado “urgente”. Pero la doctrina actual considera que hoy en día, las medidas cautelares han resultado insuficientes para dar una respuesta idónea al problema de conseguir una tutela judicial efectiva y rápida en este tipo de procesos. Por lo que las diligencias cautelares serían solo una especie de este género procesal mucho más amplio que busca proporcionar respuestas a determinadas situaciones cuya solución no admite postergación alguna. Las medidas autosatisfactivas y las decisiones o sentencias anticipatorias también llamados procedimientos de anticipación de tutela completarían el grupo de procesos desplegados para proteger los derechos que se discuten en estos procesos “urgentes”. CITA

Dentro de la regulación, en nuestra legislación, de las medidas cautelares específicas las que pueden también denominarse como medidas típicas, están las denominadas medidas temporales sobre el fondo. El artículo 674^o¹ del Código Procesal Civil establece solo requisitos generales para este tipo de medida cuyo fin es la anticipación de lo que el juez va a decidir en la sentencia, dicha norma no tiene una formulación del tipo si sucede A, existe una amenaza del tipo B entonces la medida es C, por lo que no estaríamos ante una norma específica o típica sino ante una norma de carácter general “La pregunta sería: ¿qué hace una norma general dentro de las disposiciones sobre medidas específicas? No soy yo quien pueda dar una respuesta a esta interrogante. Pero lo que me parece indudable es que el artículo 674^o del Código Procesal Civil es cualquier cosa menos una medida específica” (Ariano, Eugenia 2012: 19)².

En esto encontramos un primer problema, existe un error en la sistemática legislativa al haber ubicado este tipo de medidas temporales sobre el fondo dentro

¹ 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.....

² Ariano Deho, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Lima. Gaceta Jurídica. 2012

de las medidas cautelares y más aun de haberlas categorizado como medidas específicas, cuando su naturaleza es diferente, son medidas anticipatorias.

A su vez, el artículo 675³ del Código Procesal Civil regula la medida de Asignación Anticipada de Alimentos que si resulta ser una norma que regula una medida típica o específica del tipo si sucede A, (**se solicita alimentos**), existe una amenaza del tipo B que no se describe pero se sobreentiende por la naturaleza del derecho, entonces la medida es C. De esto se desprende, en primer lugar, que esta medida es una medida específica o típica de tutela anticipatoria y en segundo lugar, que se aplica para un proceso especial el proceso de alimentos que es un proceso del derecho de familia. Por lo tanto, consideramos que la medida de asignación anticipada no debería estar ubicada sistemáticamente en las normas referentes a tutela cautelar sino en las normas del proceso sumarísimo de alimentos. Ello permitiría a los jueces realizar una interpretación adecuada de la norma y sobre todo de los efectos de la medida solicitada en la esfera jurídica del solicitante, que en el caso concreto no es otra cosa que el derecho a recibir una cantidad determinada por pensión alimenticia; así como también realizar una interpretación más finalista con base normativa constitucional y de protección de derechos fundamentales; y menos literal, formalista y rígida de los presupuestos procesales, teniendo presente en todo momento que en los procesos de familia los principios procesales se flexibilizan.

2. La medida de asignación anticipada como manifestación de tutela anticipada.

Como ya lo mencionamos, las medidas temporales sobre el fondo, reguladas en nuestro ordenamiento son medidas anticipatorias que buscan la **satisfacción inmediata total o parcial** de la pretensión contenida en la demanda cuando de esta no satisfacción puede originarse un perjuicio irreparable. Son un adelanto del propio contenido de la sentencia. “Cuando el derecho es “manifiesto” y la amenaza de frustración es “inminente y cierta” pueden anticiparse total o parcialmente los efectos ejecutivos de la pretensión principal (...)permitiendo y asegurando de ese modo “la utilidad” de la futura y eventual resolución definitiva la que, sin esta atribución anticipada, se tornaría inútil y vacía por declaración tardía” (Rosario Domínguez, Juan Francisco 2006: 66)⁴

³ En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por..... (FALTÓ COMPLETAR LA IDEA)

⁴ Rosario Domínguez, Juan Francisco. Aproximaciones al estudio de la tutela anticipada: Doctrina, legislación comparada y su

El problema que surge aquí, es que, esta medida de asignación anticipada como medida típica de las denominadas medidas temporales sobre el fondo, por ubicación sistemática de la norma determina una gran relevancia a la actividad valorativa del juez para evaluar en cada caso concreto su procedencia. Consecuentemente, la actividad interpretativa tendrá que desplegar todos sus efectos, siendo que muchas veces no se llegue a realizar una interpretación idónea sobre lo que se quiere alcanzar con este tipo de medidas. Nos explicamos, si el supuesto del artículo 675° del CPC es aquel que solicita alimentos, una interpretación literal del mismo nos llevaría a deducir que en el caso de aumento de alimentos no se está solicitando alimentos porque ya se los tiene por tanto, no debería aplicarse la consecuencia jurídica que es la asignación anticipada. Pero como esta interpretación resultaría muy simplista, un segundo paso en la actividad interpretativa del juez será realizar una interpretación sistemática por ubicación de la norma y es aquí donde acudirá al artículo 674° ya mencionado que en tanto norma general dejara al criterio del juez la evaluación de: *la necesidad impostergable del que la pide, la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada*. “Los límites de esta medida no se encuentran previstos en la ley por lo que corresponderá a la discrecionalidad y sobre todo al buen criterio del juez fijarla en cada caso específico, vinculando a ello el principio de necesidad y el de tutela jurisdiccional efectiva.” (Canales. Claudia: 2011 19)⁵ Como en el caso que analizamos, la interpretación ha sido y cito textualmente: **“a criterio de este juzgado no hay necesidad de Asignación Anticipada de alimentos, porque dicha medida está prevista solo para el caso de prestación de alimentos donde no se cuenta con pensión alguna y no así para otro supuestos, en caso de incumplimiento acudir a la vía procedimental correspondiente.** Interpretación, a nuestro parecer, nada acertada de lo que busca una medida anticipada como la asignación anticipada de alimentos.

De lo expuesto, podemos concluir que cuando el legislador ha regulado dentro de las medidas temporales sobre el fondo, que son medidas de tutela anticipada, diferenciada o de urgencia, situaciones del derecho de familia, lo ha hecho en virtud de la especial necesidad de tutela y de protección que se requiere en estos casos. No debemos olvidar que en atención a esta protección especial existen juzgados especializados de familia. “Es, por ello que si bien en su generalidad, no es recomendable otorgar medida anticipadas sobre el fondo fuera de proceso, ello no es así en todos los casos. La naturaleza de las pretensiones en el derecho de familia y en el derecho de los niños(as) hace que la judicatura analice los pedidos

aplicación en el Derecho Procesal Peruano. En: Foro Jurídico. Año 3, Numero 06, pp 61 al 72.

⁵ Canales Torres, Claudia. Continuando con la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias. En : Actualidad Jurídica. Noviembre 2011, pp 19 al 22.

no solo desde la literalidad de la norma procesal sino a través de sus principios y desde su bloque de constitucionalidad.” (Renteria María 2012: 82)⁶. DOBLE SISTEMA DE CITADO

Nos queda claro que **la medida de Asignación Anticipada no es una medida cautelar** ya que no pretende asegurar el resultado del proceso, sino que **pretende resolver anticipadamente el objeto del mismo**, característica típica de una medida anticipada.

3. El título ejecutivo como presupuesto material de la existencia de un derecho declarado previamente.

La tutela ejecutiva o de ejecución tiene por objeto lograr **la real satisfacción** de un derecho cierto por cuanto ya ha sido declarado judicialmente o porque ha sido considerado cierto por la ley. A diferencia de la tutela declarativa o de cognición que tiene por objeto dar certeza sobre una situación jurídica determinada a través de una satisfacción formal (la sentencia), el proceso de ejecución busca a través de un conjunto de actos de la autoridad sustituir la acción del deudor en el cumplimiento de la prestación debida de manera efectiva. Podemos entonces afirmar, que la tutela ejecutiva es aquella que permite lograr todo aquello a lo que se tiene derecho según el derecho sustancial y por ello *es aquella tutela que está más cerca de la realización de una autentica tutela jurisdiccional efectiva*.

El artículo 688° del Código Procesal Civil establece que solo se podrá promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial de lo que se deduce que: el título ejecutivo es condición suficiente y necesaria para llevar adelante un proceso de ejecución, que no hay ejecución sin título, no hay título sin ley que lo establezca, son títulos ejecutivos los establecidos en la lista de este artículo. Este título tiene un elemento formal en tanto debe ser un documento y un elemento sustancial representado por el acto jurídico que contiene. En conclusión el título ejecutivo es la fuente de legitimidad de la actividad ejecutiva.

El Acta de Conciliación Extrajudicial establecida como título ejecutivo en el inciso 3 del Artículo 688° es un documento que contiene un acuerdo y representa la conclusión de un procedimiento conciliatorio. Está firmado por las partes y un tercero que es el conciliador, quien de forma imparcial busca llegar a un acuerdo en el que ambas partes vean satisfechos sus intereses.

⁶ Renteria Durand, María. Las Medidas Cautelares en el Derecho de Familia. Lima. Ediciones Jurídicas. 2012.

La Conciliación Extrajudicial es una forma rápida y económica de resolver un conflicto sin tener que acudir a la vía judicial que resulta particularmente beneficiosa para la gran mayoría de la población y sobre todo en casos de temas de derecho de familia como alimentos, tenencia, régimen de visitas, etc., donde debe facilitarse al máximo una forma de cumplimiento de estos derechos.

CAPITULO II. INCOMPATIBILIDAD O AFINIDAD ENTRE TITULO EJECUTIVO Y ASIGNACION ANTICIPADA

1. De la casi certeza del derecho en las medidas anticipadas.

Cuando mencionamos uno de los presupuestos o condiciones para la obtención de una medida cautelar hablamos de la verosimilitud del derecho o lo que se conoce en doctrina como la apariencia de buen derecho o “*fumus boni iuris*” o humo de derecho, es decir la probabilidad o apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia esta declararí fundada la demanda, no se exige comprobación de certeza del derecho invocado. No sucede lo mismo con una medida anticipada la cual necesita de un grado mayor de probabilidad sin llegar a un grado de certeza definitiva como el que emana de la sentencia, por lo que doctrinariamente se habla de que este tipo de medidas tiene como requisito de procedencia un **estado de certeza provisional o casi certeza**, o una muy fuerte probabilidad de la existencia del derecho que se alega. Porque y esto es lo más importante que se debe tener en cuenta, es que, *una medida anticipada está orientada a la entrega anticipada y directa del derecho en discusión para su total satisfacción sin tener aun la certeza del derecho mismo*, de ahí lo excepcional de su aplicación y su vinculación directa con los denominados proceso urgentes. “En ese sentido la tutela de urgencia no guarda relación con la vía procedimental de un proceso judicial cualquiera (proceso de conocimiento, sumario o ejecutivo), pues podría estar presente perfectamente en cualquiera de los mismos dependerá de la situación particular de la parte”. (Rosario Domínguez, Juan Francisco 2006: 64)⁷

Desde esta perspectiva, nos preguntamos si en el caso materia de análisis, el hecho de contar con un Acta de Conciliación Extrajudicial como título ejecutivo significa que la única vía procedimental posible para hacer valer el derecho de

⁷ Ibídem, 64

alimentos ahí declarado es la del proceso ejecutivo, porque según la interpretación realizada por el juez de la mencionada resolución, pareciera ser esta una interpretación correcta. Discrepamos de este enfoque, ya que postular esto supone un total desconocimiento de lo que realmente es una medida anticipada sobre el fondo como la asignación anticipada de alimentos que justamente busca proteger no solo el interés de la parte afectada, en este caso con el incumplimiento de los alimentos, sino también el interés público con una adecuada tutela judicial oportuna y efectiva. **Si la casi certeza de derecho es requisito para la aplicación de esta medida, no encontramos fundamento para decirle a un menor alimentista:** *“como tú tienes un derecho ya declarado, esto es una cantidad determinada por concepto de pensión de alimentos y demandas ahora una cantidad mayor, en este proceso solo se va a discutir si te corresponde o no esa cantidad mayor. Pero si tu realmente no estás recibiendo pensión alguna, es decir no estás gozando de este derecho no es asunto mío y ve a la vía correspondiente a demandar precisamente, lo que ya **no solicitas lo que ya no es materia de tu pretensión** porque aunque hayas instaurado un proceso donde se va a discutir tu derecho a recibir una cantidad mayor, no me compete ver si lo recibes o no realmente, me exime de esta obligación el hecho de que se declare en un documento que tú debes recibirlo”.* *¿Esta cita es de la resolución?*

Sería interesante también profundizar que en los casos de alimentos no hay cosa juzgada.

2. De la certeza del derecho en los títulos ejecutivos.

La certeza del derecho en el caso de títulos extrajudiciales como el Acta de Conciliación viene atribuida por la ley ya que se busca prescindir de una actividad jurisdiccional previa con la finalidad de hacer más efectiva la tutela de determinados créditos. Es intención del legislador privilegiar determinados intereses en razón de cubrir la necesidad de agilizar el tráfico jurídico en temas de gran relevancia social como son los del derecho de familia por ejemplo.

Por otro lado, se debe tener presente que el supuesto de hecho constitutivo del título ejecutivo es de naturaleza procesal y no sustancial lo que significa que el título no es medio de prueba de la obligación contenida en él, sino el presupuesto legal de la actividad jurisdiccional.

En cuanto a las medidas ejecutivas están son de dos tipos: medidas de ejecución forzada y medidas coercitivas también denominadas de ejecución indirecta. En las primeras se prescinde de la voluntad del deudor y es el juez quien realiza mediante una actividad de sustitución, la satisfacción del interés del acreedor **la medida**

típica es el embargo, que curiosa y contradictoriamente no está regulado como una medida ejecutiva sino como medida cautelar. Lo que significa que iniciado un proceso ejecutivo si se solicita un embargo de bienes se realizara conforme a las reglas del artículo 610° del Código Procesal Civil porque el embargo está regulado como una medida conservativa destinada a asegurar la futura ejecución forzada, es decir que aun cuando se cuente con un título ejecutivo para lograr una satisfacción concreta tendré que acudir a las reglas del proceso cautelar. Y entonces estamos en un círculo vicioso, que no favorece en nada la efectividad de las resoluciones judiciales cosa que en materias de alimentos resulta altamente atentatorio de derechos fundamentales.

Por todo ello, consideramos que no existe una incompatibilidad entre el título ejecutivo representado por el Acta de Conciliación Extrajudicial y la medida de asignación anticipada de alimentos típica medida temporal sobre el fondo. Por el contrario, la presencia de esta, en cuanto al requisito que establece la norma sobre **la firmeza del fundamento** debería haber llevado al juez a una interpretación extensiva de afinidad entre ambas categorías y no a una interpretación en un sentido excluyente. Nuevamente, sostenemos que resultaría más conveniente que la medida de asignación anticipada se encuentre ubicada en el capítulo que corresponde al proceso de alimentos dentro del proceso sumarísimo ya que con ello habría una mayor posibilidad de haber realizado una interpretación en concordancia con el artículo 571° que establece “las normas de este subcapítulo son aplicables a los procesos de aumento, disminución, cambio en la forma de prestarla...” , tomando en consideración que estamos en un proceso del derecho de familia donde están involucrados niños o adolescentes y donde el estado debe garantizar un sistema de administración de justicia especializada tratando estos problemas como humanos. En resumen, simplemente la certeza del derecho no fue evaluada a favor de la parte vulnerable. Lo que si fue valorado es el carácter excepcional, en ese sentido consideramos que lo gravoso de la medida en la esfera jurídica del demandado por alimentos mediante una retención de su remuneración en comparación con la afectación sufrida por el menor de edad, no guarda ningún punto de comparación.

3. De una interpretación nada acertada a una integración jurídica basada en el uso de la analogía.

“La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el

supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”. (Rubio Correa, Marcial 2007: 247)⁸. Este método consiste en que el agente que aplica el derecho en este caso el juez analiza las semejanzas y diferencias entre los dos hechos y concluye que lo esencial en ambos casos se mantiene.

La analogía aparece bajo la forma de apotegmas jurídicos que ayudan a la interpretación, el primero es el “argumento a pari” que significa “donde hay la misma razón hay el mismo derecho”. Funciona lógicamente de esta manera A entonces X, A es sustantivamente semejante a B, No hay impedimento ni limitación para que B pueda obtener como consecuencia X, por consiguiente B entonces X. **En nuestro caso, la secuencia lógica sería:** Quien solicita alimentos bajo los requisitos del artículo 675° del Código Procesal tiene derecho a recibir asignación anticipada de alimentos. Quien solicita aumento de alimentos que es sustantivamente semejante a solicitar alimentos. No hay impedimento para que quien solicita aumento de alimentos pueda recibir asignación anticipada de alimentos. Entonces quien solicita aumento de alimentos puede recibir asignación anticipada.

El argumento a pari recurre a la ratio legis de la norma que se entiende como la razón de ser de la misma y debe desprenderse del texto mismo de la norma o del grupo normativo que le corresponde.

La integración jurídica es un método que se utiliza para dar una respuesta jurídica a un caso planteado y se caracteriza por no aplicar una norma porque no existe norma jurídica aplicable, sino que produce una norma mediante la aplicación misma del derecho.

Al respecto, consideramos que si bien es cierto que el supuesto del artículo 675° del Código Procesal establece solo la procedencia de la medida de asignación anticipada de alimentos para un supuesto de prestación de alimentos, por lo que una interpretación literal de la norma no permite dar una respuesta idónea en el caso que nos ocupa que es el de aumento de alimentos. Se debió como segundo paso recurrir al método de interpretación de la ratio legis que como vimos busca la razón de ser de la norma a partir de ella o de su grupo normativo, en este caso tampoco nos ayuda a una interpretación favorable el hecho de que el grupo normativo sea el de medidas cautelares específicas y no el del proceso sumarísimo de alimentos por lo que realizando una interpretación sistemática por ubicación estamos frente a lo restrictivo y excepcional de las medidas cautelares en vez de lo extensivo y concordante de las normas del subcapítulo de alimentos .

⁸ Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Finalmente en aras de conseguir una respuesta coherente y armónica con todo el ordenamiento jurídico procesal y constitucional, consideramos que el juez como agente que aplica el derecho debió realizar una integración jurídica en base a la analogía como el argumento a pari” con lo cual no se habría incurrido en este absurdo rechazo de la asignación anticipada teniendo como sustento razones formalistas como la de existir vía procedimental específica.

CAPITULO III. VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Los Principios Procesales en el Derecho de Familia desarrollados por el Tercer Pleno Casatorio Civil.

En el Tercer Pleno Casatorio civil Casación N° 4664-2010 Puno, La Corte Suprema de la República establece un precedente judicial vinculante que consiste en considerar que los principios procesales del derecho civil adquieren una configuración diferente y especial en los procesos de familia, por lo que aplicarlos sin la correspondiente adecuación constituiría un error. Fallo segundo : “En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, **entre otros**, el juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se deben flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, **formalidad**, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones en atención a los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones personales y familiares, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a:el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho”. Resaltamos entre otros, porque a la luz de la resolución que analizamos, ha quedado evidenciado que la literalidad de la norma no permite una interpretación favorable a la parte menos favorecida de la relación que está representada por el menor alimentista, sin embargo muchos jueces solo se limitan a realizar una interpretación de este tipo sin profundizar en la condición de los sujetos involucrados.

Es de suma importancia para el caso que analizamos, revisar las consideraciones expuestas en este Pleno Casatorio entre algunas tenemos:

En cuanto al Estado Social y Democrático de Derecho y el derecho de familia : la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales, asimismo una de las notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, ***en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente)***, que hagan viable esta promoción y protección.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiendo el principio de *igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez* en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

En cuanto al Principio de Socialización del Proceso y lo Procesos de Familia: El principio de socialización está vinculado al principio de igualdad material, es decir, en un proceso se debe tratar a todos por igual; cabe acotar que en los procesos de familia, ***el juez debe equiparar a las partes, ya que es evidente que una de las partes se encuentra en desventaja***. Los principios procesales son parte de los principios generales del derecho, debiéndose señalar que estos son los que fundamentan el sistema procesal existente. Un proceso no solo le interesa a las partes que participan en él sino que también son de interés de la sociedad, en tanto, la familia es un elemento de esta.

En cuanto a la función tuitiva del Juez en los Procesos de Familia: El derecho procesal de familia, se concibe como aquel destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de ahí que se diferencia del proceso civil. En los procesos familiares debe primar una conducta conciliadora y sensible ***que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas***, con la finalidad de coadyuvar en la solución del conflicto. La naturaleza del derecho de familia, le permite al juez o a la jueza competente, ***evitar los formalismos innecesarios***, siempre que le brinde las garantías del debido proceso en igualdad de condiciones a las partes procesales, ante ello es importante destacar que las partes buscan una respuesta eficaz y justa por parte de la magistratura.

Sobre la Flexibilización de los Principios de Congruencia, Preclusión y Eventualidad en los Procesos de Familia. Estos principios procesales son

importantes, pero dada la flexibilidad que impone un caso justiciable en materia familiar, el juez debe aplicarlos sin rigurosidad en los procesos familiares, por lo que la interpretación de los mismos, debe ser orientada a favorecer los intereses de la familia involucrada en el proceso. Consideramos que el poco estudio de la especialidad referida al derecho procesal familiar, **hace que los jueces teman flexibilizar los trámites rigiéndose por las reglas imperativas del derecho procesal civil**, sin considerar que los casos de familia implican problemas humanos inherentes a la dignidad de la persona involucrada, por lo que al ser un proceso tuitivo que se orienta a resolver conflictos personales, **el juez debe revisar y dar solución inmediata a las controversias que observe a fin de evitar judicializar cada tema familiar. CITAS**

A partir de los fundamentos expuestos podemos concluir que los jueces deben necesaria y obligatoriamente en un proceso de familia, **aplicar** derecho procesal familiar que es un derecho procesal que partiendo de los principios procesales del derecho civil se caracteriza por adecuar y flexibilizar estos principios en atención a la especial condición de los sujetos involucrados niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros. Esta aplicación supone primordialmente una correcta y adecuada interpretación de las normas y su concordancia con los principios constitucionales. En sintonía con el carácter público de las normas del derecho de familia, es deber del Estado no solo garantizar una tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales, sino además el desarrollo de las facultades tuitivas otorgadas al juez con la finalidad de lograr resolver los conflictos de la forma menos gravosa para la parte menos privilegiada de la relación, es decir buscar garantizar tanto los derechos sustantivos como los derechos procesales de la parte perjudicada.

En el caso de nuestro análisis, resulta más que evidente que, en la resolución que declara improcedente la medida de asignación anticipada, la interpretación realizada por el juez no ha tomado en consideración estos principios y por tanto ha incurrido en una grave vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal y sustancial. El derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna que se materializaba en el hecho de que la menor disponga de una pensión alimenticia acorde a la capacidad del obligado, no fue amparado y como consecuencia de este rechazo la menor tuvo que afrontar todo el proceso judicial sin pensión alguna.

2. El Principio de Interés Superior y su Implicancia Procesal.

El principio de interés superior del niño es un principio rector de toda actuación del Estado en el marco de las disposiciones constitucionales y en el ámbito del derecho internacional. La Convención sobre Derechos del Niño es un tratado y ley internacional "jurídicamente vinculante" sobre los derechos del niño y la niña, que se convierte en un instrumento de obligatorio cumplimiento para los países que lo suscribieron, entre ellos el Perú. Artículo 3 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será **el interés superior del niño**.

En el ámbito nacional el Tribunal Constitucional en sus diversos pronunciamientos ha desarrollado las implicancias de este principio vinculado al primordial desarrollo de los derechos fundamentales de los niños y niñas y el deber del Estado de garantizar estos derechos.

Examinemos los considerandos expuestos en la Sentencia 01665-2014 emitida por el Tribunal Constitucional sobre este Principio:

El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública **y tribunales de justicia**. Y exige de cualquiera de estos **una actuación "garantista"**, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de *sus* derechos.

Este mandato de actuación garantista contiene, a su vez, una obligación de atención especial y prioritaria de los asuntos que les concierne, lo que, desde luego, también se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional.

Al mandato de actuación garantista que contiene el principio del interés superior del niño, se suma ***su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una meta norma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo cómo debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí.*** En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar *orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores*. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio *pro infante*.

En el nivel de las antinomias entre "normas" o sentidos interpretativos, **el principio *pro infante* establece una pauta de cómo interpretar y aplicar una disposición relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental**, cuando de esta sea

posible inferir cuando menos dos significados, de entre las cuales, a su vez, sea posible advertir:

Un primer sentido interpretativo con cuya aplicación se permitirá que el menor, titular de un derecho fundamental, tenga *garantizadas las mejores condiciones para gozar y ejercer su derecho fundamental*; y,

Un segundo criterio interpretativo, derivado de la misma disposición, que a diferencia del primero, establezca condiciones orientadas a *restringir el goce y ejercicio de una posición **iusfundamentalmente** protegida*.

La pauta que suministra el principio pro infante, en estos casos, es que la aplicación de la disposición deberá realizarse privilegiando el sentido interpretativo con el que mejor se optimice el ejercicio del derecho fundamental del menor.

En síntesis, este mandato de actuación garantista de los derechos fundamentales de los menores de edad conlleva en el ámbito jurídico, *a aplicar la interpretación normativa más favorable al niño o niña involucrado con la finalidad de que este goce y ejerza plena y efectivamente de sus derechos*. Y entonces, en el caso que analizamos, qué pasó con el análisis de otro de los requisitos de la norma como *la **necesidad impostergable del que la pide, en este caso una niña***, lamentablemente tampoco se tomó en cuenta. El juez de la causa no aplicó el principio de interés superior del niño como mandato que le obliga a aplicar el sentido interpretativo de los artículos 674° y 675° de la forma más favorable a la menor, por el contrario utilizando formalismos innecesarios dio una respuesta contradictoria a lo que todo el ordenamiento busca proteger como son los derechos fundamentales y en especial de un menor de edad.

Asimismo, la Ley N° 30466, publicada en el diario oficial El Peruano el viernes 17 de junio de 2016, establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de niños y adolescentes. Teniendo como base lo establecido en la Observación General número 14 de la Convención que establece: *El Principio de Interés Superior del Niño es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo*. Dentro de estos parámetros que establece la ley se encuentra la percepción del tiempo, por cuanto **la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños**.

Consideramos que la cadena de desaciertos interpretativos del juez de la resolución, para dar una respuesta jurídica que guarde una relación armónica y coherente con los principios rectores del ordenamiento jurídico constitucional, han originado una grave vulneración de derechos fundamentales. De esta manera una niña, quien gozaba de una pensión alimenticia que no le permitía cubrir sus nuevas necesidades originadas por sus graves problemas de salud y que inicia un proceso

de aumento de alimentos con la finalidad de ver satisfecho su derecho y gozar de manera oportuna y efectiva de una pensión alimenticia mayor que el obligado por alimentos estaba en perfectas condiciones de cumplir. Recibe de la instancia judicial correspondiente una respuesta tardía y nada efectiva, no solo no percibe el aumento porque el obligado ya no trabaja y busca trabajo de forma independiente para que no le vayan a retener su remuneración sino que además deja de percibir lo que venía percibiendo, situación que poco o nada parece importarle a un juez con supuestas facultades tuitivas.

Consideramos que pronunciamientos como estos no deben repetirse, ya que hemos demostrado que no existe impedimento alguno que justifique esta denegación de justicia para una menor de edad.

CONCLUSIONES:

1. Las medidas anticipadas sobre el fondo no son medidas cautelares y menos específicas son medidas anticipatorias que buscan ejecutar anticipadamente lo que el juez va decidir en la sentencia.
2. La medida de asignación anticipada de alimentos, típica medida de tutela anticipada al estar ubicada sistemáticamente dentro de las medidas anticipadas sobre el fondo, es interpretada como una medida cautelar por lo que los jueces basándose en el carácter excepcional de la medida buscan restringir su aplicación.
3. El supuesto de la norma que establece la medida de asignación anticipada es el de prestación de alimentos, por lo que una interpretación literal de la misma nos llevaría a pensar que un supuesto de aumento de alimentos no debería tener como consecuencia una asignación anticipada.
4. Si la medida de asignación anticipada estuviera regulada dentro del proceso sumarísimo de alimentos, esto permitiría desvincularla de ser considerada una medida cautelar específica y contribuiría a realizar una interpretación más adecuada teniendo en cuenta la especial condición de los solicitantes lo que nos lleva al ámbito del derecho de familia.
5. No existe incompatibilidad entre un título ejecutivo extrajudicial como el Acta de Conciliación, donde la certeza del derecho viene atribuida por la ley con la finalidad de hacer más efectiva la tutela en temas de gran relevancia social como los del derecho de familia y la medida de asignación anticipada. El supuesto de hecho constitutivo del título ejecutivo es de naturaleza procesal y no sustancial por lo que aun iniciado un proceso de ejecución se tendrá que acudir a las reglas del proceso cautelar para lograr una satisfacción concreta.
6. Este cambio de ubicación de la norma permitiría realizar una interpretación basada en la ratio legis de la norma, que es la razón de ser de la misma. Análisis que en el ámbito del derecho de familia debe realizarse tomando en consideración que al estar involucrados niños o adolescentes, el estado debe

garantizar un sistema de administración de justicia especializada tratando estos problemas como humanos.

7. El juez de la resolución cuestionada pudo realizar una integración jurídica en base a la analogía como el argumento a pari” que significa donde hay la misma razón hay el mismo derecho que le habría permitido dar una respuesta jurídica favorable al caso planteado y de esta manera lograr una tutela judicial efectiva y oportuna.
8. El juez de la resolución, lejos de aplicar el precedente vinculante del Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por la Corte Suprema que establece la obligación de flexibilizar los principios procesales del derecho civil y evitar los formalismos innecesarios o las meras cuestiones cuando se trate de procesos de familia con la finalidad de conseguir una solución inmediata y efectiva a las controversias, evitando judicializar aún más cada tema. Dio como fundamento de la improcedencia de la medida que existiendo título ejecutivo debe acudirse a la vía procedimental correspondiente para exigir el cumplimiento de algo que ya no se pretende.
9. El juez de la resolución no aplicó el principio de interés superior del niño que como principio jurídico interpretativo fundamental impone la obligación de privilegiar el sentido interpretativo de una norma que sea favorable al goce efectivo de los derechos del niño, de manera tal que se garanticen sus derechos fundamentales. Por lo que en nuestro caso se dio una grave vulneración de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFIA

Martínez Letona, Pedro Antonio

2015 La teoría cautelar y tutela anticipada. Lima. Griley. 2015.

Ledesma Narváez, Marianela

2008 Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Lima. Gaceta Jurídica. 2008.

Ariano Deho, Eugenia

2012 Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Lima. Gaceta Jurídica. 2012.

2013 Las medidas cautelares en el proceso civil. Lima. Gaceta Jurídica..2013

Martel Chang, Rolando

2014 Tutela Cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso. Lima. APECC. 2014.

Renteria Durand, Maria

2012 Las medidas cautelares en el Derecho de Familia. Lima. Ediciones Jurídicas. 2012

Rubio Correa, Marcial

2007 El Sistema Jurídico. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007.

Rosario Domínguez, Juan Francisco. Aproximaciones al estudio de la tutela anticipada: Doctrina, legislación comparada y su aplicación en el derecho procesal peruano. En: Foro Jurídico. Año 3. Número 06, pp 61al 72.

Canales Torres, Claudia. Continuando con la búsqueda del cumplimiento efectivo de las obligaciones alimentarias. En: Actualidad Jurídica. Noviembre 2011, pp19 al 22