



Tutela jurisdiccional del derecho a vivir sin violencia de género^(*)

Jurisdictional protection of the right to live without gender violence

Jim L. Ramírez Figueroa^()**

Perú - Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: Con la puesta en vigencia de la Ley 30364, el Estado peruano cumple con adecuar la legislación nacional a los parámetros fijados por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*). En ese contexto, en el presente trabajo se analiza críticamente si las *medidas de protección*, constituyen o no un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a la violencia de género. Con tal propósito, se razona acerca de los fundamentos y la naturaleza de las medidas de protección, así como de la actividad probatoria necesaria para su otorgamiento. A partir de ello, se afirma que la tutela que otorgan las medidas de protección es una tutela inhibitoria preventiva.

Palabras claves: Derechos Fundamentales - Género - Medidas de Protección - Tutela - Técnica Procesal - Tutela Preventiva - Tutela Inhibitoria - Violencia de Género

Abstract: With the enforcement of Law 30364, the Peruvian State complies with adapting national legislation to the parameters set by the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women (*Convention of Belém do Pará*). In this context, the present work critically analyzes whether protection orders constitute a simple, fast and effective remedy against gender violence. To this end, it is reasoned about the fundamentals and nature of the protection orders, as well as the probative activity necessary for its granting. From this, it is affirmed that the guardianship granted by the protection orders is a preventive inhibitory guardianship.

Keywords: Fundamental Rights - Gender - Protection - Orders - Guardianship - Procedural Technique - Preventive Guardianship - Inhibitory Guardianship - Gender Violence

^(*) Nota del Editor: este artículo fue recibido el 11 de octubre de 2019 y su publicación fue aprobada el 5 de noviembre de 2019.

^(**) Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Magíster en derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho procesal en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Huánuco. Juez Especializado de Familia.



1. Introducción

Los derechos fundamentales poseen una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema jurídico. Estos derechos no solo disciplinan determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino, también, todo tipo de relaciones jurídicas (Prieto, 2004, pág. 51).

Por eso, los derechos fundamentales no pueden ser vistos, únicamente, como derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado; deben ser percibidos, además, como límites de la autonomía privada. De hecho, entre los sujetos pasivos de los derechos, además del Estado, se encuentran los propios particulares⁽¹⁾.

En ese sentido, los derechos tienen por finalidad la protección de la parte más débil de una relación, ya que las relaciones entre el individuo o los grupos sociales y el Estado es habitualmente desigualitaria (Díaz, 2015, pág. 18).

Ahora, se reconoce, sin mayor discusión, que los derechos fundamentales poseen una doble dimensión: una subjetiva y otra objetiva. En esta última dimensión, los derechos representan los elementos esenciales que coadyuvan a preservar el orden constitucional; es decir, las normas de derechos fundamentales consagran valores que inciden sobre la totalidad del ordenamiento jurídico. Por ende, no pueden ser pensados únicamente desde el punto de vista del sujeto titular del derecho, sino desde el punto de vista de la comunidad, como valores o fines. Es esta dimensión objetiva, específicamente, la que permite imponer al Estado un deber de protección de los derechos fundamentales (Marinoni, 2007, pág. 204-205).

Adviértase, sin embargo, que es en la dimensión subjetiva, en la que la fundamentalidad de los derechos guarda relación con su resistencia, pues “se trata de esa cualidad que permite presentarlos como posiciones reforzadas frente a todos los poderes del Estado, legislador incluido, y que se hace presente únicamente cuando los derechos están provistos de garantías especiales en relación con las que disponen los otros derechos que, por tanto, no son fundamentales” (Barranco, 2009, pág. 20).

Debido a ello, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, *Convención de Belém do Pará*, reconoce que la violencia

contra la mujer exterioriza las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, ya que por medio de ella se limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Por lo tanto, la violencia contra la mujer además de constituir una violación de los derechos humanos, representa una ofensa a la dignidad humana.

No obstante, la *Convención de Belém do Pará*, reconoce que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado⁽²⁾. Asimismo, reconoce a las víctimas del acto lesivo, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que las amparen contra aquellos actos que no les permiten disfrutar una vida sin violencia⁽³⁾.

Para concretar esta aspiración de las mujeres, el Estado peruano ha contraído una serie de obligaciones internacionales que lo compelen a cumplir con su deber de garantizar el respeto del derecho a una vida libre de violencia⁽⁴⁾. Por eso, el Estado no solo condena todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, sino, ha asumido la realización de una serie de deberes, entre los que destacan los siguientes⁽⁵⁾: (i) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (ii) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; (iii) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (iv)

- (1) Véase. STC N° 976-2001-AA/TC (*Caso Eusebio Llanos Huasco*), Tribunal Constitucional del Perú, sentencia del 13 de marzo de 2003. Ahora, como dice Díaz (2015, 18), en estos derechos subyace la idea que los derechos son “triumfos de la minoría”, esto es, “mecanismos de protección de las minorías, y en particular de la que podríamos considerar en cierto sentido “minoría más minoritaria” que es el individuo”.
- (2) Véase. Artículo 3 de la Convención de Belém do Pará.
- (3) Véase. Artículo 3 inciso 6 de la Convención de Belém do Pará.
- (4) En la legislación nacional, la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, reconoce en su artículo 9 el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.
- (5) Véase. Artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.



establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Bajo estas premisas, es importante analizar si con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, se han regulado formas de tutela idóneas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer por cuestiones de género. En este sentido, en el presente trabajo nos avocaremos al análisis de las llamadas *medidas de protección*, a fin de determinar si estas constituyen o no un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a la violencia de género.

Para tal efecto, analizaremos, en primer lugar, los fundamentos de las medidas de protección, haciendo especial énfasis en la concepción de la violencia de género como una manifestación de la violación de los derechos humanos. En segundo lugar, examinaremos, a partir de las lecciones del derecho comparado, la naturaleza jurídica de las medidas de protección, esto a fin de demostrar que detrás de estas se encuentra una forma de tutela muy particular: la tutela inhibitoria preventiva. Finalmente, determinada la naturaleza de dichas medidas, exploraremos la actividad probatoria que debe llevarse a cabo para su concesión.

2. La violencia de género como violación de los derechos humanos: fundamentos de las medidas de protección

Violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado⁽⁶⁾.

Así, la violencia en el ámbito privado es aquella que tiene lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual. En tanto, la violencia en el ámbito público es aquella que tiene lugar en la comunidad, que puede ser perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso

sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar. Pero la violencia contra la mujer también puede ser perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra⁽⁷⁾.

La violencia contra la mujer, por lo general, es consecuencia de una cultura fuertemente arraigada en estereotipos, cuya piedra angular es el supuesto de inferioridad de las mujeres. Sumado a ello, el alcoholismo, la drogadicción, el tráfico ilícito de drogas, la desprotección familiar, la trata de personas, etc., se han convertido en fenómenos sociales que contribuyen a agudizar la discriminación que sufren varios sectores de la población, especialmente aquellos que se encuentran en una situación de desventaja como es el caso de las mujeres⁽⁸⁾.

Por eso, como ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente a una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará⁽⁹⁾. Para dicha Convención la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Es decir, la violencia contra la mujer es una forma de violencia por cuestiones de género.

La violencia de género es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y relaciones de poder, dominio, control, subordinación y sometimiento de los hombres sobre las mujeres que no permite a estas disfrutar de sus derechos y libertades en pie de igualdad⁽¹⁰⁾. Debido a esto, el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación⁽¹¹⁾.

(6) Véase. Artículo 1 de la Convención de Belém do Pará.

(7) Véase. Artículo 2 de la Convención de Belém do Pará.

(8) Caso Campo Algodonero (González y otras vs. México), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

(9) Véase. Caso Perozo y otros vs. Venezuela, CIDH, sentencia del 28 de enero de 2009, supra nota 22, párr. 295.

(10) Artículo 4, inciso 3, del Reglamento de la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo 009-2016-MIMP, modificado por el Decreto Supremo 004-2019-MIMP.

(11) Caso Campo Algodonero, 2009.



Así, de acuerdo con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la expresión *discriminación contra la mujer* alude a toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera, como la familia, por ejemplo.

En esa línea, la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer (i) porque es mujer o (ii) que la afecta en forma desproporcionada y abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad⁽¹²⁾. De allí que la violencia contra la mujer es un signo de discriminación que impide gravemente que goce de sus derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre⁽¹³⁾.

Estas relaciones de desigualdad construidas a partir de estereotipos de género, como ha precisado la CIDH en el Caso Campo Algodonero, hace referencia a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por mujeres y hombres, respectivamente. Mejor dicho, la subordinación de la mujer está asociada a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas. En fin, la creación y uso de estereotipos no solo constituye una de las causas de la violencia de género, sino, además, es una de sus principales consecuencias⁽¹⁴⁾.

Queda claro, entonces, que no cualquier acto de violencia contra la mujer constituye violencia de género. Un acto de violencia será considerado como tal, cuando concurren algunas especiales circunstancias: (i) que el acto sea de hombre hacia la mujer y que (ii) exista una relación de poder del hombre hacia la mujer.

La violencia de género constituye una flagrante transgresión de los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Bajo esa perspectiva, la violencia contra la mujer por su condición de tal, como advierte Rico (1996, pág. 14), constituye una violación del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, del derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de la igualdad ante la ley y el derecho de igual protección de la ley, del derecho a recurrir a un tribunal imparcial, del derecho a circular libremente y de la libertad de reunión y asociación, entre otros.

A propósito, la Convención de Belém do Pará, en su artículo 3, reconoce a toda mujer el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. En su *dimensión subjetiva*, el derecho a vivir sin violencia implica, en un sentido restringido, el derecho a no ser privado de la vida y, en un sentido más amplio, el derecho de adopción libre de decisiones vitales. Esta dimensión se encuentra estrechamente vinculada con la igualdad de trato entre mujeres y hombres, con el derecho a la vida y, en general, con el resto de derechos fundamentales. En su *dimensión objetiva*, el derecho a vivir sin violencia presiona sobre su parte normativizada para su continua revisión y permanente mejora. Así, exige por parte de los jueces y de los Poderes Públicos en general que los textos normativos sean interpretados en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho (Lousada, 2014, pág. 45).

El carácter fundamental de los derechos que son vulnerados con la violencia de género impone al Estado la obligación de establecer formas de tutela cuya finalidad sea, principalmente, prevenir y prestar asistencia a las víctimas.

3. Las medidas de protección como un mecanismo adecuado para prevenir la violencia de género: naturaleza de las medidas de protección

Afirma el artículo 1 de la Ley 30364, que tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado, en agravio de la mujer por su condición de tal. En ese sentido, con el fin de garantizar el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, se han establecido políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como la persecución, sanción y reeducación de los agresores y la reparación del daño causado.

(12) Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, CIDH, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 303.

(13) Recomendación General 19 de la CEDAW.

(14) Caso Campo Algodonero, 2009, párr. 401-402.



Así, por medio de la Ley 30364, el Estado peruano pretende alcanzar tres objetivos, sumamente importantes, a saber: (i) prevenir; (ii) sancionar y (iii) erradicar los actos de violencia de género. Recuérdese aquí, que un acto de violencia será considerado de género, cuando el acto violento sea ejercido por el hombre en agravio de la mujer y exista una relación de poder del hombre hacia la mujer.

Ahora bien, cuando la Ley 30364⁽¹⁵⁾, aborda la problemática de la prevención de la violencia, hace alusión a la creación de servicios de atención y prevención, tales como: hogares de refugio temporal, programas dirigidos a varones para prevenir conductas violentas, así como la reeducación de las personas agresoras.

En ese marco, pareciera que la prevención de los actos de violencia contra la mujer es un objetivo que no puede ser alcanzado a través de la tutela de los derechos que ofrece el proceso penal, así como tampoco por medio del denominado proceso de tutela y protección previsto para el otorgamiento de una medida de protección. Sin embargo, dicha apariencia se desvanece, cuando advertimos que la sanción al autor de estos actos con la imposición de una pena también tiene por objeto la prevención de esta clase de conductas⁽¹⁶⁾. Asimismo, como demostraremos a continuación, las medidas de protección han sido previstas, principalmente, para prevenir la ocurrencia de nuevos actos de violencia.

De acuerdo al artículo 22 de la Ley 30364⁽¹⁷⁾, el objeto de las medidas de protección es neutralizar o minimizar los efectos nocivos de la violencia ejercida por el agresor, a efectos de que la víctima pueda desarrollar con normalidad sus actividades cotidianas; asimismo, tienen la finalidad de asegurar la integridad física, psicológica y sexual de la víctima y su familia, así como resguardar su patrimonio.

Así, a través de las medidas de protección se aseguran los derechos de la víctima y su familia, a la integridad física, psicológica y sexual y el patrimonio de esta, ya sea neutralizando o minimizando los efectos nocivos de la violencia; es decir, las medidas de protección buscarían, únicamente, neutralizar y/o minimizar las consecuencias de la violencia ejercida sobre

la víctima, por lo que, *prima facie*, quedaría descartada la posibilidad de ver en estas medidas una forma de tutela preventiva. Sin embargo, esta última afirmación es prácticamente incompatible con la finalidad que la propia Ley asigna a las medidas de protección; pues, si se busca asegurar los derechos de la víctima y su familia, a fin de que pueda desarrollar sus actividades cotidianas con normalidad, al constreñirse el objeto de estas a neutralizar o reducir el impacto de las consecuencias de la violencia, tendríamos que admitir que las mismas son otorgadas cuando la violencia ya se produjo, por ende, no asegurarían los derechos de la víctima contra la violencia, pues no se puede neutralizar o reducir el impacto de algo que aún no ha ocurrido.

Por ello, si la finalidad de las medidas de protección es asegurar los derechos de las víctimas, además de ser concebida como una tutela que busca neutralizar o reducir el impacto de las consecuencias de la violencia, deben ser vistas como una tutela que *previene* la producción de toda forma de violencia.

Esta interpretación no solo es acorde con la finalidad de las medidas de protección, también lo es con cada una de las medidas previstas expresamente en el artículo 22 de la Ley 30364⁽¹⁸⁾. *Ergo*, el retiro del agresor del domicilio en el que se encuentra la víctima, así como la prohibición de regresar al mismo, por ejemplo, son medidas orientadas a proteger a la víctima frente a la posibilidad de que el agresor ejerza sobre su persona nueva violencia. Ocurre lo mismo, entre otras, con las medidas de impedimento de acercamiento o proximidad y las prohibiciones de comunicación y de tener y portar armas.

(15) Título III, capítulos I, II y III. Bajo esta misma perspectiva, el Reglamento de la Ley 30364, aprobado con el Decreto Supremo 009-2016-MIMP, precisa que "El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables tiene a su cargo la implementación de políticas, programas y acciones de prevención y atención de todas las modalidades de violencia hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar; incluyendo el programa de prevención dirigido a varones y personas agresoras. La implementación de los programas y acciones de atención es coordinada y articulada con gobiernos locales y regionales".

(16) Para Meini (2014, pág. 35) "si la protección de bienes jurídicos se reservara a momentos posteriores a la lesión del bien jurídico, el derecho penal se limitaría a reprimir conductas sin que se pueda exigir al Estado que articule políticas preventivas orientadas a disminuir la incidencia criminal. Si, por el contrario, el derecho penal se preocupara por prevenir lesiones a bienes jurídicos y no sancionara a quienes efectivamente los vulneran, el mensaje preventivo carecería de eficacia y lo más probable es que cada quien tomaría la justicia por su propia mano. Ni la represión puede funcionar sin prevención ni puede haber prevención que no sea seguida de represión". En esta misma línea argumentativa, Roxin (2007, pág. 71) hace hincapié en que "una pena absoluta, que renuncie a las finalidades de prevención... no solamente no acertaría la con la tarea social del derecho penal, sino tampoco sería compatible con las bases de una Constitución democrática".

(17) Modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1386.

(18) Modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1386.



Por tanto, las medidas de protección previstas en la Ley 30364 otorgan a la víctima de violencia de género una tutela preventiva que busca neutralizar o reducir las consecuencias de la violencia y permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas.

Es preciso dejar claro, en este punto, que las medidas de protección, según la Ley 30364, se dictan en el marco del proceso de tutela y protección, de suerte que es posible distinguir las medidas de protección del proceso por medio del cual estas son dictadas. Esta distinción, nos es una mera disquisición teórica, sino un asunto de suma importancia por las consecuencias prácticas que trae consigo; pues, una cosa es la técnica procesal y, otra muy distinta, la tutela del derecho.

Ante todo, se entiende por técnica a la predisposición ordenada de medios destinados a obtener ciertos resultados (Dinamarca, 2009, pág. 385). En ese marco, la expresión *técnica jurídica* posee varias acepciones. Así, en la primera, puede designar en oposición a la ciencia jurídica, concebida como la ciencia de los principios abstractos, el arte de adaptación de los principios a la vida y circunstancias concretas de espacio, tiempo y lugar. En una segunda acepción, se relaciona con el análisis y el desarrollo de los conceptos, por medio de los cuales se expresa todo el trabajo de sistematización lógica del complejo normativo efectuado por la doctrina y la jurisprudencia. Finalmente, en su tercera acepción, alude al conjunto de medios y procedimientos que garantizan la realización de las finalidades generales o particulares del derecho (Álvaro de Oliveira, 2007, pág. 249-250).

Como se ve, a partir de esta última acepción, es posible distinguir la forma de tutela, esto es, la tutela en abstracto definida en el derecho material en relación a una determinada necesidad, y los instrumentos concretos destinados a realizar la necesidad, o sea la técnica (Álvaro de Oliveira, 2008, pág. 133). Por ello, si el proceso es el instrumento del cual se sirve el Estado para viabilizar la protección del derecho material, las técnicas procesales deben adaptarse a ella, puesto que la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional implica la preordenación de técnicas procesales capaces de dar respuestas adecuadas a las necesidades del derecho material (Marinoni, 2007, pág. 173-178).

De cualquier modo, la naturaleza de las medidas de protección, o mejor dicho, la tutela que se presta a través de ella, no puede ser determinada en función al procedimiento que debe seguirse para su otorgamiento, sino de acuerdo con la tutela que se busca otorgar por medio de ellas. Obsérvese, en ese sentido, que es posible trazar una distinción entre las medidas de protección (tutela) y el procedimiento por medio del cual se otorgan las mismas (técnica procesal)⁽¹⁹⁾.

Ciertamente, es a la luz de esta distinción que se puede verificar si la Ley 30364 posee técnicas procesales capaces de propiciar la tutela de los derechos de la mujer contra la violencia de género, dado que no se puede confundir entre los planos del derecho procesal y material (Álvaro de Oliveira, 2008, pág.174). Por lo tanto, la tutela jurisdiccional prestada por las medidas de protección, constituyen una tutela inhibitoria preventiva.

La violencia contra la mujer implica una violación de los derechos humanos y, a la vez, constituye una ofensa a la dignidad humana⁽²⁰⁾. La naturaleza de estos derechos obliga a que sean evitadas ciertas conductas que puedan perjudicarlas. Por esta razón, en nuestro sistema jurídico existen disposiciones normativas que imponen o prohíben determinadas conductas. Estas disposiciones, tienen carácter preventivo, pues, la efectividad de los derechos depende de su estricta observancia.

En esa perspectiva, la necesidad de prevenir la violación de los derechos humanos es inherente a estos derechos, de suerte que el derecho a una tutela preventiva no solo es connatural a los derechos, sino, a la Constitución que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Marinoni, 2016,

(19) El procedimiento para otorgar una medida de protección varía en función de los resultados obtenidos en la ficha de valoración de riesgo. Así, cuando el riesgo sea leve o moderado, el juez de familia debe convocar a una audiencia para evaluar el caso y resolver si dicta o no las medidas de protección, en el plazo máximo de 48 horas, contados desde que toma conocimiento de la denuncia. Ahora, si el riesgo es severo, en el plazo máximo de 24 horas, contados desde que toma conocimiento de la denuncia, convocará a una audiencia para evaluar el caso y decidir si dicta o no las medidas de protección o prescindirá de la audiencia e inmediatamente procederá a analizar otorga o no dichas medidas. Finalmente, si no fuese posible determinar el riesgo, el juez de familia, en el plazo máximo de 72 horas, convocará a una audiencia para evaluar el caso y resolver si dicta o no las medidas de protección. Como puede apreciarse se trata un procedimiento célere, si quiere urgente, inspirado en los principios de la debida diligencia, intervención inmediata y oportuna, sencillez y oralidad, orientada a concretar la tutela preventiva de los derechos de la víctima a través de una medida de protección. Resulta así que no puede confundirse la medida de protección con el procedimiento que debe seguirse para su otorgamiento.

(20) Caso Fernández Ortega y otros vs. México, CIDH, sentencia del 15 de mayo de 2011, párrafo 118.



pág. 297-298). Esto quiere decir que, la tutela inhibitoria como una típica forma de tutela preventiva, es consustancial a todo y a cualquier derecho fundamental.

Se pone así de manifiesto que, la tutela inhibitoria se funda en el derecho material, en vista de que si los derechos fundamentales son inviolables, como afirma nuestra Constitución, la necesidad de protegerlos preventivamente es más que indispensable. Por ello, “la tutela jurisdiccional adecuada de estos derechos solamente puede ser aquella capaz de evitar la violación” (Marinoni, 2008, pág. 34).

Justamente, la tutela inhibitoria se destina a impedir la violación de un derecho, puede impedir la práctica de un acto contrario a derecho, así como su repetición o continuación (Marinoni, 2010, pág. 52). Por esta razón, la tutela inhibitoria es concebida como una tutela dirigida hacia el futuro y no como una tutela orientada al pasado; pues, configurada como una tutela preventiva, busca prevenir el acto contrario a derecho.

Esto último, es exactamente lo que ocurre cuando se piensa en la finalidad de las medidas de protección, la cuales, recordemos, buscan asegurar la integridad física, psicológica y sexual de la víctima y su familia, así como resguardar su patrimonio. Cuando se dictan las medidas de protección, lo que se busca es prevenir que se repita o continúe la violencia ejercida sobre la víctima; vale decir, se mira hacia adelante, hacia los actos de violencia que podrían producirse de no adoptarse ciertas medidas. Precisamente, cuando se piensa en la tutela inhibitoria se imagina una tutela destinada a impedir la comisión, la continuación o la repetición de un acto contrario a derecho (Marinoni, 2014, pág. 21).

Por otro lado, la tutela inhibitoria gira en torno a la noción de *acto contrario a derecho*, la misma que es consecuencia de la distinción entre ilícito y daño. Al respecto, cuenta Marinoni (2010, pág. 53) que el concepto de ilícito civil, durante un largo período de tiempo, asoció *acto contrario a derecho* y *daño*. En ese contexto, se consideraba al *daño* como elemento esencial y necesario para la configuración del *ilícito* (Marinoni, 2014, pág. 29-30). Sin embargo, no se reparaba en que el *daño* era una consecuencia eventual mas no necesaria del *acto contrario a derecho*.

Desde luego, la violencia contra la mujer es un acto contrario a derecho, un acto ilícito; pues, no solo son actos contrarios a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, al constituir actos violatorios de estos derechos; sino, también, porque son actos u omisiones calificadas deónticamente como prohibidas⁽²¹⁾.

Descartada la idea de que el daño sea un requisito indispensable para la configuración del ilícito, surge la necesidad de encontrar formas de tutela que protejan a las personas frente al ilícito, para ser más exactos, frente al acto contrario a derecho al margen de que se haya producido o no un daño. Así, para el otorgamiento de una medida de protección se requiere levemente la amenaza de practicar nuevos actos de violencia, en tanto que es dicha conducta contraria a derecho, suficiente para impedir la producción del acto lesivo.

Por cierto, es posible distinguir tres tipos de tutela inhibitoria: (i) la inhibitoria destinada a impedir la práctica de un acto lesivo sancionable; (ii) la inhibitoria destinada a impedir la repetición de un acto lesivo; y (iii) la inhibitoria destinada a impedir la continuación de un acto lesivo permanente (Pérez, 2007, pág. 224; Marinoni, 2008, pág. 38-39).

Para el artículo 22 de la Ley 30364, el objeto de las medidas de protección consiste en (a) neutralizar los efectos de la violencia; (b) minimizar los efectos de la violencia; y (c) permitir a la víctima el normal desarrollo de sus actividades cotidianas. Nótese que (a) y (b) se encuentran comprendidas en (ii) y (iii), en tanto que (c) en (i). Con lo cual, queda evidenciado que, las medidas de protección frente a los actos de violencia de género otorgan tutela inhibitoria preventiva⁽²²⁾.

(21) Para Atienza y Manero (2000, pág. 23-24), lo que se califica como ilícito es bien una conducta activa u omisiva, susceptible de ser calificadas deónticamente, entre otros, como obligatoria o prohibida; o bien la consecuencia de acciones u omisiones deónticamente calificadas.

(22) Al respecto, Ledesma (2017, pág. 176) sostiene que, las medidas de protección “son asumidas como tutelas de prevención hacia la víctima, al margen que se logre demostrar o no la responsabilidad penal del supuesto agresor”. Asimismo, precisa que “la tutela de prevención, se materializa a través de estas medidas de protección (...) cuyo objeto central es la prevención frente al riesgo latente que se puede atentar contra la integridad o la vida de quien viene a denunciar ser víctima de violencia en su entorno familiar”. Por otro lado, para un sector de la judicatura nacional, las medidas de protección serían asimilables a las medidas autosatisfactivas; en ese sentido, se sostiene que es una tutela urgente y autónoma, cuyo diligenciamiento es inaudita et altera pars. Sin embargo, dicha asimilación parte de la confusión entre el plano del derecho material y procesal, esto es, de confundir la tutela en sí con la técnica procesal; pero, también, de no haber prestado atención a las particularidades de las medidas autosatisfactivas. Ahora, como señala Peyrano (2008, 226) para despachar esta medida es necesario: “**1. Pretensión no declarativa de derechos**, cuyo objeto resulte circunscripto de manera evidente a la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes



4. Acceso efectivo de la mujer a las medidas de protección: el problema de la prueba

El proceso puede ser concebido como aquel procedimiento orientado a la determinación de los hechos relevantes para la decisión. Así, alcanzar una decisión justa en el caso concreto, por lo general, dependerá de la determinación de la verdad de los hechos en los que se basa la controversia (Taruffo, 2009, pág. 269).

Por ello, la finalidad de la prueba es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos (Ferrer, 2005, pág. 74-75), de modo que cuando los medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada (Ferrer, 2005, pág. 74-75).

Ahora, en numerosas ocasiones, para considerar que una proposición está probada, es necesario traer información experta al proceso. Normalmente, la forma de traer esta información es mediante un tercero ajeno al conflicto, atendiendo, principalmente, a su formación, su experiencia o sus conocimientos (Vázquez, 2015, pág. 37).

En ese sentido, a efectos de acreditar el estado de salud física y mental de la víctima, el artículo 26 de la Ley 30364⁽²³⁾, reconoce valor probatorio a los certificados e informes que expidan los médicos y psicólogos de los establecimientos públicos de salud, centros de salud parroquiales, establecimientos privados autorizado por el Ministerio de Salud y los informes psicológicos de los Centros Emergencia Mujer.

Ahora, como precisa el artículo 13 (13.1.) del Reglamento de la Ley 30364, estos certificados e informes tienen valor probatorio tanto en el proceso penal como en el proceso de tutela y protección. De modo que si los certificados e informes tienen por objeto acreditar el estado de salud física y mental de la víctima, vale decir, las consecuencias de la violencia sobre la integridad física, sexual y psicológica de esta, en el proceso de tutela y protección a efectos de otorgar medidas de protección se tendría que probar la existencia de daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.

Esto último, en la medida que, a través de los certificados e informes se busca identificar el daño físico, sexual o psicológico, que presenta la víctima; si se quiere, las secuelas de los actos de violencia que no llegaron a materializarse en dichos daños.

Delimitado así el objeto de los certificados e informes, queda claro que por medio de ellos no se busca probar la existencia de los hechos de violencia narrados por la víctima, pues su objeto se constriñe a permitir el conocimiento de la situación física, sexual o psicológica de esta. Por ello, los certificados e informes pueden servir como prueba directa de la violencia, ya que al tratarse de un diagnóstico actual del estado de salud física y mental de la víctima, puede ayudar a concluir si la misma es consecuencia del ejercicio de actos violentos, aun cuando no se precise concretamente cuáles fueron tales actos.

Es importante aclarar, sin embargo, que para el otorgamiento de una medida de protección no se requiere probar, ni la existencia de la violencia, ni las consecuencias de la misma (daño físico, sexual o psicológico). Razón por la cual, precisa el artículo 10 (10.2.) del Reglamento de la Ley 30364⁽²⁴⁾, en el proceso de tutela y protección son admisibles todos aquellos medios de prueba que sean pertinentes para acreditar el riesgo, urgencia, necesidad de protección y peligro en la demora. En realidad, la víctima de la violencia recurre al proceso de tutela y protección cuando teme su repetición o incluso su continuación. Por eso, la actividad probatoria necesaria para la concesión de una medida de protección debe responder a la naturaleza de la tutela que estas medidas están llamadas a otorgar: tutela inhibitoria preventiva.

contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal (...) **2. Acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho:** a diferencia de lo que sucede con las sentencias anticipadas no se exige certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado, sino que es bastante con la demostración de una probabilidad de que ello sea así (...) 3. **Urgencia pura no intrínseca:** la demostración *prima facie* de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjugada puede irrogar un *periculum damni* (...) 4. **Prestación de contracautela circunstanciada:** no se exige de modo irreducible, sino que será dispuesta discrecionalmente por el juez, mediante una necesaria ponderación de los restantes recaudos" [énfasis agregado]. En ese contexto, es importante subrayar que, para dictar una medida de protección no se requiere probar la existencia del derecho, pues, lo que se debe probar es la probabilidad de que se produzcan nuevos actos de violencia en agravio de la víctima o su entorno familiar; en otras palabras, se debe probar la probabilidad de que se produzca un acto contrario a derecho. La prestación de una contracautela tampoco es exigible para el despacho de una medida de protección.

(23) Modificado inicialmente por el artículo 1 de la Ley 30862 y, posteriormente, por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1386.

(24) Modificado por el Decreto Supremo 004-2019-MIMP.



En ese panorama, una vez que se asume la distinción entre *daño e ilícito*, y se admite que el presupuesto de la tutela inhibitoria es el acto ilícito (contrario al derecho), se puede afirmar que, en esta tutela, el daño no es objeto de cognición del juez (Marinoni 2014, 91). O sea, el daño no integra la demanda preventiva y, de esta forma, está fuera de actividad probatoria (Marinoni, 2014, pág. 32). Por ello, en la tutela inhibitoria es suficiente la demostración de la probabilidad del acto contrario a derecho, no requiriéndose la prueba del daño ni de la probabilidad de que este se produzca.

Uno de los rasgos más sobresalientes de las medidas de protección, justamente, es que no se requiere probar la existencia de daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico en la víctima, pues “el juez debe estar contento con una cognición que solo dé como resultado una sensación de probabilidad suficiente, no una certeza tranquila y definitiva” (Dinamarco, 2003, pág. 63). De este modo, “si una norma prohíbe la realización de un determinado acto o actividad, y si esta violación es probable, bastará con alegarla y demostrarla, sin que sea necesario afirmar y probar que, junto con la probable violación, se producirá un eventual daño” (Marinoni, 2014, pág. 91). En ese sentido, es necesario demostrar no solo la probabilidad de que se realice un acto, sino, también, que dicho acto configure un ilícito (Marinoni, 2014, pág. 91).

Por eso, como señala Marinoni, deben alegarse hechos que, una vez demostrados, puedan llevar al juez a concluir que probablemente habrá una violación de derecho. En tal sentido, la actividad probatoria en la tutela inhibitoria está orientada a la prueba de hechos pasados que apuntan a la probabilidad de que se produzca el hecho temido; es decir, se trata de probar hechos indiciarios que permitan al juez ver la probabilidad de que se realice el acto que se desea inhibir (2014, pág. 92).

De acuerdo con el artículo 10.2. del Reglamento de la Ley 30364, el objeto de los medios de prueba que se aporten y actúen en el proceso de tutela y protección, están dirigidos a acreditar el riesgo, urgencia, necesidad de protección de la víctima y peligro en la demora. En otras palabras, los medios de prueba tendrán por objeto acreditar la probabilidad de que se produzca el acto violento, cuya inminencia pone en riesgo los derechos de la víctima⁽²⁵⁾.

Así, los certificados e informe sobre el estado de salud física y mental de la víctima, servirán no para acreditar las consecuencias del acto violento, sino como indicios para determinar la probabilidad de que se produzca el acto lesivo. Por lo que, estos certificados e informes no son indispensables para otorgar una medida de protección. En este último caso, se puede recurrir a los demás medios de prueba de actuación inmediata que las partes pueden ofrecer hasta antes de que se dicten las medidas de protección o aquellos que sean incorporados de oficio por el juez.

En suma, para dictar una medida de protección no se requiere acreditar ni la existencia de la violencia en sí, ni el daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico producida por ella. La actividad probatoria, bajo esa premisa, estará orientada a probar, simplemente, la probabilidad de que se produzca el acto lesivo.

5. Consideraciones finales

La violencia de género es un problema estructural intrínseco de la sociedad (Espinosa, 2015, pág. 14-15). En otras palabras, la violencia contra la mujer es consecuencia de las relaciones históricamente desiguales entre mujeres y hombres, en las que se ha perpetuado y normalizado el ejercicio del dominio de los hombres sobre las mujeres, mediante mecanismos que han desvalorizado lo femenino frente a lo masculino. Por eso, las causas de la violencia de género pueden ser identificadas en la propia estructura de la sociedad, en la que existen factores sociales y culturales que favorecen e invisibilizan la violencia que se ejerce sobre las mujeres y niñas (Carmona, 2015, pág. 38).

No obstante, este problema trasluce también la falta de protección a las potenciales víctimas de violencia de género. Esto debido a que, en la práctica, las medidas de protección no han producido los efectos esperados; es más, ni la criminalización ni el endurecimiento de las penas han supuesto la reducción del número de casos.

La judicialización de la violencia de género no agota la solución a este problema. Sin embargo, más allá de sancionar estas conductas, puede coadyuvar en la prevención de la violencia género, así como en la neutralización y reducción de sus efectos. Con ese fin, la mujer debe contar con un recurso rápido, sencillo y eficiente que la proteja ante la violación de su derecho a vivir sin violencia.

Las medidas de protección previstas en la Ley 30364 están llamadas a ser el recurso rápido, sencillo y eficiente al que tiene derecho la mujer para hacer frente a la violencia de género. En ese marco, las

(25) Sobre las nociones de verosimilitud y probabilidad véase: Taruffo 2011; Carpes 2019; Cavani 2015.



medidas de protección serán efectivas, cuando de acuerdo a las condiciones generales del país o por las circunstancias particulares del caso concreto, no resulten irrisorias⁽²⁶⁾. Así, la efectividad de las medidas de protección dependerá de si estas han contribuido: (i) a poner fin a una situación violatoria de derechos; (ii) a asegurar la no repetición del acto lesivo; y (iii) a garantizar a la mujer el ejercicio libre y pleno de sus derechos y libertades⁽²⁷⁾.

En suma, podemos concluir que las medidas de protección al ser concebidas como una tutela inhibitoria preventiva, esto es, como una tutela orientada a proteger los derechos fundamentales de la mujer, previniendo la producción de nuevos actos de violencia de género, requiriendo para su concesión una actividad probatoria encaminada a probar la probabilidad de que se produzca el acto lesivo, resulta ser un recurso rápido, sencillo y eficiente al que tiene derecho la mujer para proteger su derecho a una vida libre de violencia.

Referencias bibliográficas

Álvaro, Carlos (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. (J. Monroy Palacios, trad.) Lima: Communitas.

Atienza, Manuel & Ruiz, Juan (2006). *Ilícitos atípicos* (2da. ed.). Madrid: Trotta.

Barranco, María (2009). *Teoría del derecho y derechos fundamentales* (1ª ed.) Lima: Palestra Editores.

Carmona, María (2015). Violencia de género: prevención y abordaje en justicia. *Violencia de género: tratamiento y prevención*. Madrid: Dykinson.

Carpes, Artur (2019). Verdade, verossimilhança e probabilidade: a construção do juízo sobre os fatos no processo civil. *Revista de Processo RePro*, 44(290).

Cavani, Renzo (2015). Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero. En Jobin, Marcos & Santos, William (coord.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm.

Díaz Revorio, Francisco (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. México: Tirant lo Blanch.

Dinamarco, Cândido (2003). *Nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros.

_____. (2009). *La instrumentalidad del proceso* (J. Monroy Palacios, trad.). Lima: Communitas.

Espinosa, Rocío (2015). *Situación general de la violencia de género en España. Violencia de género: tratamiento y prevención*. Madrid: Dykinson.

Ferrer Beltrán, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª ed.) Madrid: Marcial Pons.

Ledesma, Marianella (2017). La tutela de prevención en los procesos por violencia familiar. *Ius Et Veritas*, 54, pág. 172-183.

Lousada, José (2014). El derecho fundamental a vivir sin violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, pág. 31-48.

Marinoni, Luiz (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional* (1ra ed.). (A. Zela Villegas, trad.) Lima: Palestra Editores.

_____. (2008). *Tutela específica de los derechos* (1ra ed.). (A. Zela Villegas, trad.) Lima: Palestra Editores.

_____. (2010). *Tutelas urgentes y tutelas preventivas* (1ra ed.). Lima: Communitas.

_____. (2014). *Tutela inhibitoria*. (L. Criado Sánchez, trad.). Madrid: Marcial Pons.

_____. (2016). *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*. Lima: Palestra.

Meini, Iván (2014). *Lecciones de derecho penal-parte general: teoría jurídica del delito* (1ra ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pérez, Álvaro (2007). La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución. *Revista de Derecho*, núm. XXVIII.

Peyrano, Jorge (2008). *Problemas y soluciones procesales*. Rosario: Juris.

Prieto, Luis (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(71) (mayo-agosto).

Rico, Nieves (1996). Violencia de género: un problema de derechos humanos. *Serie Mujer y Desarrollo* 16, CEPAL.

Roxin, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual* (1ra ed.). (M. Abanto) Lima: Grijley.

Taruffo, Michele (2009). *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo Calle). Madrid: Marcial Pons.

_____. (2011). *La prueba de los hechos* (4ta ed.). (J. Ferrer Beltrán, trad.) Madrid: Trotta.

Vázquez, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons. 

(26) Véase. Caso Forneron e Hijas vs. Argentina, CIDH, sentencia del 27 de abril de 2012, párrafo 107.

(27) Véase. Caso Forneron e Hijas vs. Argentina, CIDH, sentencia del 27 de abril de 2012, párrafo 108.