



2.2. Por resolución número **SEIS**, de fecha cinco de noviembre del dos mil veintiuno, de folios seiscientos noventa y ocho a setecientos cinco, entre otros extremos, se declaró **FUNDADA** la petición de medida cautelar.

2.3. Mediante escrito de folios ochocientos cuarenta y ocho a ochocientos setenta y cuatro, [REDACTED] se opuso a la medida cautelar de tenencia concedida a favor de la demandante, peticionando que la misma se deje sin efecto.

2.4. Finalmente, se expidió el auto contenido en la resolución número **NUEVE**, de fecha siete de diciembre del dos mil veintiuno, obrante de folios ochocientos ochenta y ocho a ochocientos ochenta y nueve, por la cual se declaró **IMPROCEDENTE LA OPOSICIÓN**. Contra esta resolución judicial, [REDACTED] ha interpuesto su recurso de apelación, cuyas pretensiones impugnatorias serán resumidas en el ítem siguiente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

[REDACTED], mediante escrito de folios novecientos quince a novecientos cuarenta y ocho, interpuso recurso de apelación contra el auto contenido en la resolución número **NUEVE**, siendo sus pretensiones impugnatorias esenciales las siguientes:

a) *"La señora juez no analiza de manera integral todos los argumentos expuestos en el escrito de oposición".*

b) *"Tenía la obligación de haber analizado con cuál de los dos progenitores tendría mejores condiciones de vida".*

c) *"La señora Juez afirma haber tenido en cuenta ambos informes sociales; sin embargo, omite señalar (...) el informe social practicado al suscrito por la asistente social adscrita al Juzgado Guadalupe Avalos Mogollón (...) afirmamos que la señora Juez no ha tenido en cuenta los informes sociales de ambas partes, habiendo incumplido también la obligación de tener en cuenta la opinión del niño".*

IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA.-

4.1. En relación a la Motivación de las Resoluciones Judiciales.-

1. Como componente del contenido esencial del derecho a un debido proceso, supone una garantía según la cual el Juez se encuentra obligado a fundamentar su decisión, esgrimiendo motivos y razones que le sirven de



sustento, desde cuya perspectiva, la argumentación jurídica constituye el medio indispensable para materializar o tangibilizar este **derecho-garantía**. Se estima que una debida motivación se encuentra correlacionada con otros componentes esenciales del debido proceso como son el **derecho de defensa y el de la instancia plural**, en la medida que la sustentación de la decisión judicial en razones suficientes, permitirá a aquella parte que se sienta disconforme con lo resuelto, efectuar los cuestionamientos fácticos y jurídicos, en la medida que el razonamiento claro y fundamentado del Juez así lo permita; pero además, también el superior jerárquico habilitado para conocer el proceso en revisión, podrá evaluar y calificar de manera consistente los argumentos del Juez cuestionados en la apelación; **de esta manera, la motivación tiene la doble perspectiva de deber y derecho para el Juez y de derecho para las partes.**

2. Nuestro ordenamiento jurídico impone al Juez el deber de motivar las resoluciones; así, el artículo 139 de la Constitución de 1993 establece que: **"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta"**. Asimismo, a nivel legal tenemos que el artículo 50 del Código Procesal Civil prescribe: **"Son deberes de los Jueces en el proceso: (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia"**.

3. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC-Lima, Giuliana Flor de María Llamoja Hilares, de fecha 13 de octubre del 2008, ha señalado:

"6. (...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (...).

7. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la



violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (...)".

4.2. Sobre la Tutela Jurisdiccional Efectiva. -

4. Es uno de los derechos fundamentales o constitucionales que tiene todo sujeto de derecho (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (Juez en representación del Estado) a fin que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el debido proceso (entiéndase un proceso regular revestido con las mínimas garantías para los justiciables) como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.

5. Conforme a lo establecido en los artículos ***I, II y IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil***, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de los derechos o intereses de toda persona, importa en el Juez el deber de atenderlos a fin de resolver dentro de un debido proceso el conflicto de intereses o superar la incertidumbre con relevancia jurídica, una vez que este se promovió sólo a instancia de parte invocando interés y legitimidad para obrar, lo cual encuentra su fundamento constitucional en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que establece: "***Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)***".

4.3. Facultad del órgano de segunda instancia.-

6. La garantía constitucional de la instancia plural, prevista en el inciso 6) del artículo 139 de nuestra Constitución Política, impone al Órgano Jurisdiccional Revisor el deber de pronunciarse obligatoriamente sobre la forma y el fondo del proceso judicial que se ha remitido en apelación; sin embargo, de no existir alguna situación de manifiesta nulidad en el proceso, la instancia superior deberá limitar su conocimiento de acuerdo a las reglas y principios de la etapa de impugnación, entre los cuales se encuentra -como uno de los más importantes- aquel principio que delimita el conocimiento del Órgano Superior a los términos y condiciones estrictamente contenidos en la impugnación presentada, denominado por la



dogmática procesal como principio del llamado efecto parcialmente devolutivo "***tantum devolution quantum appellatum***", en cuya virtud el órgano superior debe reducir los límites de su revisión a las únicas cuestiones promovidas en el recurso materia de apelación.

7. El principio de la limitación recursal es considerado por el Magistrado Vergara Gotelli en su Fundamento de Voto emitido con motivo del Expediente Nro. 05178-2009-PA/TC, de la siguiente manera:

11. La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, conocido como "Tantum Appellatum Quantum Devolutum" (...) que significa que el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el referido recurso (...). Significa ello que el Tribunal revisor sólo puede conocer y decidir aquellas cuestiones que ha limitado la impugnación del recurrente; en consecuencia (...) no tiene más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso; y más aún, no puede entrar en el examen de las cuestiones consentidas por las partes o que no han sido cuestionadas porque éstas han quedado ejecutoriadas, salvo que el vicio sea de tanta trascendencia que vulnere el orden público y las buenas costumbres o que exista una manifiesta vulneración de derechos fundamentales cuyo cumplimiento no fue advertido por el recurrente.

8. Este principio -en cuanto a la impugnación de los autos- ha sido recogido por nuestro Código Procesal Civil, en el artículo 370 que establece: "*Cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior sólo alcanza a éste y a su tramitación*"; dispositivo que debe ser concordado con el artículo 366 del mismo código adjetivo que prescribe: "*El que interpone apelación debe fundamentarla, indicando el error de hecho o de derecho incurrido en la resolución, precisando la naturaleza del agravio y sustentando su pretensión impugnatoria*".

4.4. Análisis del caso en concreto.-

9. Debemos empezar señalando que la señora Jueza de primer grado, para declarar improcedente la oposición, fundamentó su decisión básicamente en los siguientes fundamentos de la resolución materia de apelación (Nro. NUEVE):

"SEXTO.- Que, la medida cautelar dictada en autos, se ha dictado teniendo en cuenta los informes sociales de ambas partes que obran en autos, advirtiéndose que en el informe social de la demandante esta refiere que su hijo Marcos recibe terapia psicológica, que no se niega a que el padre visite a su menor hijo, no evidenciándose peligro alguno para el niño el que continúe con su madre,



mientras se resuelva el proceso de reconocimiento de tenencia en definitiva, dado que aún falta llevarse a cabo la Diligencia de Audiencia Única, actuarse todos los medios probatorios y evaluaciones psicológicas correspondientes". Contra esta resolución judicial, la parte recurrente ha expuesto básicamente tres cuestionamientos impugnatorios, los cuales serán atendidos a continuación.

10. En sus ***tres fundamentos impugnatorios*** la parte recurrente sostiene que la jueza de instancia no ha analizado integralmente todos los argumentos expuestos en el escrito de oposición. Aunado a ello, tampoco ha evaluado cuál de los dos progenitores tendría mejores condiciones de vida a favor del menor de edad cuya tenencia provisional está en discusión. Finalmente, se afirma haber tenido en cuenta ambos informes sociales; sin embargo, se omite señalar el informe social practicado a su persona por la asistente social adscrita al Juzgado; asimismo, la señora Jueza ha incumplido también la obligación de tener en cuenta la opinión del niño.

11. Al respecto, es preciso señalar que con los fundamentos de apelación, lo que está siendo cuestionado es lo referido esencialmente a los vicios de motivación incongruente y de deficiente justificación externa. Así tenemos que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC-Lima, Giuliana Flor de María Llamuja Hilares, de fecha 13 de octubre del 2008, ha señalado, como supuesto que viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al citado vicio, el cual es definido por dicho órgano jurisdiccional de la siguiente manera:

"c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. *El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando **las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.** Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones".*

"e) La motivación sustancialmente incongruente. *El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde*



*luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. **El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).** Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas”.*

12. Aunado a ello, en la doctrina se ha señalado que **“la violación al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en específico, al principio de congruencia, importa una indefensión. En efecto, si el juez soslaya los hechos alegados por las partes y traspasa los límites dentro de los cuales ellas fijaron la controversia, es obvio que habrá violado el principio de contradicción y, consecuentemente, el derecho de defensa. (...) No tendría objeto que las partes expongan lo conveniente a su derecho, que cada una contradiga las alegaciones de su contraria y ofrezca pruebas para acreditar sus afirmaciones, si el Juez va a prescindir de todo ello”¹.**

13. Ingresando al análisis de la impugnada, este colegiado advierte que se incurre en un supuesto de deficiencia de motivación externa y de motivación incongruente, toda vez que la jueza ha emitido su decisión, pero sin haberlo contrastarlo con las pruebas y los fundamentos fácticos contenidos en los actos postulatorios, y sin haber explicado de forma suficiente su valoración fáctica. En efecto, en la sentencia apelada se señala:

“SEXTO.- Que, la medida cautelar dictada en autos, se ha dictado teniendo en cuenta los informes sociales de ambas partes que obran en autos, advirtiéndose que en el informe social de la demandante esta refiere que su hijo Marcos recibe terapia psicológica, que no se niega a que el padre visite a su menor hijo, no evidenciándose peligro alguno para el niño el que continúe con su madre, mientras se resuelva el proceso de reconocimiento de tenencia en definitiva, dado que aún falta llevarse a cabo la Diligencia de Audiencia Única, actuarse todos los medios probatorios y evaluaciones psicológicas correspondientes”.

¹ ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica. Lima, Grijley, 2014, p. 421.



14. No obstante, la magistrada de primera instancia llega a tal formulación argumentativa (que no se evidencia peligro alguno en que el niño continúa conviviendo con su madre), sin tener en cuenta lo siguiente:

14.1. La jueza de instancia no ha tenido en cuenta que en el dictado de una medida temporal sobre el fondo de tenencia provisional, no resulta suficiente recabar el informe de la trabajadora social para respaldar la decisión a adoptarse, sino que también se debe recabar los informes de los demás integrantes del equipo multidisciplinario, tal como exige el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescente. Así, antes de que resolviese el pedido cautelar, la jueza de instancia debió de recabar el informe practicado por el psicólogo y el médico adscrito al equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, lo cual no hizo, generando que justificación fáctica termine siendo deficiente.

14.2. La jueza de instancia, tal como ha precisado el recurrente, no ha conferenciado con el menor de edad involucrado en el litigio antes de adoptar la decisión sobre la tenencia provisional, pese a tener la edad de poder participar en dicha diligencia procesal y que la decisión a adoptarse le terminaría afectando.

En efecto, es de advertir que el derecho de opinión faculta al niño, niña y adolescente a manifestar sus deseos, emociones y juicios libremente y que estos sean tomados en cuenta en cualquier proceso o procedimiento en los que se decida, directa o indirectamente, sobre sus derechos. Por ello, guarda una estrecha relación con el derecho subjetivo del interés superior del niño, ya que este no podrá ser ejercido correctamente si es que no se respeta la opinión de los infantes; asimismo, el referido interés reafirma y otorga mayor peso a la funcionalidad del derecho de opinión al proporcionar el rol determinante de los menores de edad en las decisiones que afecten su vida, tal como se ha precisado en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, del 2012, emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, la jueza de instancia no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe:

"Artículo 85.- Opinión

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente".

14.3. La jueza de instancia no ha analizado la totalidad de argumentos formulados por el recurrente en su escrito de oposición de folios



ochocientos cuarenta y ocho a ochocientos setenta y cuatro, reduciendo los mismos a uno solo, tal como se advierte del considerando sexto de la resolución apelada, pese a que en el considerando segundo del mismo auto expresó otros, tales como la falta de argumentos y medios probatorios para haber otorgado la medida de tenencia provisional, la falta de verosimilitud en el pedido cautelar y la no probanza de que la peticionante de la cautela haya convivido más tiempo con su hijo. Así, sobre la base de los propios argumentos de oposición advertidos por la jueza de instancia, al no darles una respuesta debidamente fundamentada, habría infringido el principio de congruencia, en la modalidad de incongruencia omisiva.

14.4. La jueza de instancia solo ha valorado los informes sociales para declarar improcedente la oposición, obviando que fueron ofrecidos otros medios probatorios en el escrito de oposición, tales como declaración jurada de Débora Sofía Capristán Afler, declaración jurada de Luz Nilda Rojas Carranza, declaración jurada de [REDACTED], declaración jurada de [REDACTED], declaración jurada de [REDACTED], fotografías de la demandante, fotografías de las portadas de facebook, informe social Nro. 101-2021, dictamen fiscal de la fiscal LUCY GASTAÑADUI YBAÑEZ, el informe psicológico elaborado por la psicóloga Elena Miranda Troncoso y fotografías del recurrente conjuntamente con sus hijos, respecto a los cuales no se pronunció ni los mencionó.

15. En este sentido, al existir una falta de correspondencia entre la decisión y los hechos y pruebas del caso concreto, se ha presentado un vicio de motivación que acarrea la nulidad de la apelada por afectarse el derecho a la debida motivación escrita de las resoluciones judiciales contenido en el inciso 5 del artículo 139 de la Carta Magna, tal como ha denunciado el recurrente en su escrito de apelación.

16. Tal decisión judicial, encuentra su sustento legal en lo prescrito por el artículo 171 del Código Procesal Civil, referido al principio de legalidad y trascendencia de la nulidad, que señala: "**La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de**



nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

17. Finalmente, es necesario señalar que este colegiado, como regla, sus decisiones en esta instancia, son confirmando o revocando las resoluciones de primera instancia que vienen en apelación, pero en forma muy excepcional se declara la nulidad de las resoluciones judiciales cuando existen vicios, omisiones o defectos que no pueden ser subsanados en esta instancia, siendo necesario que sean subsanados por el juez, y teniendo presente que el artículo 364 del Código Procesal Civil parte infine permite decidir por la nulidad de la resolución apelada², (más aún cuando la nulidad es la pretensión impugnatoria de la parte apelante). Así mismo al ser el juez de primera instancia quien emita una nueva decisión judicial como órgano resolutor, permitirá que la parte que se considere disconforme pueda ejercitar su derecho a la doble instancia apelando la nueva resolución y esta Sala Superior cumpla su función de órgano revisor

18. Aunado a ello, es de precisar que esta decisión guarda correspondencia con la opinión contenida en el Dictamen Nro. 08-2022 de folios novecientos sesenta y seis a novecientos sesenta y ocho, en donde el Fiscal Superior Titular LUIS HUMBERTO CORTEZ ALBÁN opinó que la apelada sea declarada nula.

V. DECISIÓN.-

Estando a las razones expuestas, y con las precisiones anotadas, quienes suscribimos como Jueces Superiores integrantes de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, impartiendo justicia a nombre de la Nación. **DECIDIMOS:**

5.1. DECLARAR: FUNDADO el recurso de apelación formulado por [REDACTED], mediante escrito de folios novecientos quince a novecientos cuarenta y ocho.

5.2. [REDACTED] el auto contenido en la resolución número **NUEVE**, de fecha siete de diciembre del dos mil veintiuno, obrante de folios ochocientos ochenta y ocho a ochocientos ochenta y nueve, en el extremo que resuelve:

² Art. 364 del C.P.C. "El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea **anulada o revocada**, total o parcialmente"



"DECLÁRESE IMPROCEDENTE la oposición formulada por el demandado [REDACTED] respecto de la resolución SEIS de fecha cinco de noviembre del dos mil veintiuno".

5.3. DISPONER: Que, la señora Jueza del proceso expida una nueva decisión de acuerdo a los puntos señalados en los fundamentos 14 de esta decisión judicial y otros que considere pertinentes. Anótese, notifíquese y devuélvase. **Actuó como Ponente el Doctor David Florián Vigo.**

SS.
CHÁVEZ GARCÍA
LLAP UNCHÓN
FLORIÁN VIGO