



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN LO CIVIL**

Exp. Nro. 00181-2019-70 (Juzgado Mixto de Chepén)

DEMANDANTES : [REDACTED]
DEMANDADOS : [REDACTED]
MATERIA : TENENCIA
(CUADERNO CAUTELAR)

AUTO DE VISTA

RESOLUCIÓN NÚMERO: OCHO.-

En la ciudad de Trujillo, a los cinco días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad integrada por los magistrados: Doctora **HILDA CHÁVEZ GARCÍA**, Jueza Superior Titular en calidad de Presidenta; Doctor **DAVID FLORIÁN VIGO**, Juez Superior Titular Ponente, y Doctor **HUGO ESCALANTE PERALTA**, Juez Superior Provisional; producida la votación en audiencia pública, según constancia que antecede, emiten la siguiente resolución.

I. MATERIA DEL RECURSO.-

Se trata del recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra el auto contenido en la resolución número **CUATRO**, de fecha cinco de agosto del dos mil diecinueve, que obra de folios doscientos uno a doscientos siete, que resolvió **DECLARAR INFUNDADA** la solicitud sobre MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA interpuesta por el demandado y demandante a la vez señor [REDACTED] contra doña [REDACTED] [REDACTED], mediante escrito de folios 23 a 32, subsanada a folios 197 y 198.

II. ANTECEDENTES.-

2.1. Por escrito de folios veintitrés a treinta y dos, subsanado por escrito obrante en el folio ciento noventa y siete, [REDACTED] solicitó **MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA** contra [REDACTED] [REDACTED], a fin de que se ordene que su menor hija [REDACTED] concorra a su centro educativo I.E. "28 de Julio", ubicado en Chepén, para que así cumpla con asistir a sus clases de lunes a viernes en horas de la mañana, así como a toda actividad que especifique la institución educativa, siendo él quien la lleve y la recoja diariamente, debiendo además permanecer bajo el cuidado directo de su persona.



2.2. Luego de las actuaciones procesales correspondientes, por resolución número **CUATRO** del cuaderno cautelar (Expediente Nro. 00382-2018-70), de fecha cinco de agosto del dos mil diecinueve, obrante de folios doscientos uno a doscientos siete, se declaró **INFUNDADA** la solicitud sobre medida cautelar genérica interpuesta por el demandado y demandante a la vez [REDACTED] contra [REDACTED]. Contra dicha resolución judicial, el referido solicitante de la medida cautelar ha interpuesto su recurso de apelación, cuyos fundamentos impugnatorios esenciales serán resumidos en el ítem siguiente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

[REDACTED], mediante escrito que obra de folios doscientos doce a doscientos quince, interpuso su recurso de apelación contra la resolución número **CUATRO** del cuaderno cautelar; siendo su fundamento esencial el siguiente:

"(...) el juzgador no hace un correcto análisis de la verosimilitud del derecho invocado, toda vez que lo único que resalta es mi incumplimiento del acuerdo conciliatorio y que mi persona es el causante de lo que esté pasando menor hija (que no pueda ir a la Escuela); sin embargo, en ningún momento resalta el interés superior del niño, principio que garantizará la satisfacción de los derechos del menor y este principio debe estar primero en cualquier decisión que se adopte de parte del Estado, siendo así necesario que en la presente causa, prima facie, garantizar el desarrollo de mi menor hija; lo cual el juzgador ha sido ajeno".

IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA.-

4.1. Sobre las medidas cautelares.-

1. Las medidas cautelares son instituciones jurídicas procesales que pueden plantearse a solicitud de parte y excepcionalmente de oficio, antes de iniciar un proceso o durante el proceso, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva que recaerá en el proceso principal o evitando que se produzca un perjuicio irreparable. Pudiendo clasificarlas en: para futura ejecución forzada, temporales sobre el fondo, innovativas, de no innovar y otras medidas cautelares (*dentro de estas últimas se encuentra la medida cautelar de anotación de demanda, secuestro judicial y la medida cautelar genérica*) cada una de ellas tienen su propia finalidad y sus propias características. Precizando que las medidas cautelares no tienen existencia propia, no son fin en sí mismas, siempre dependen de un proceso principal.
2. En ese sentido, diremos que las medidas cautelares constituyen instituciones jurídicas, cuya finalidad concreta es asegurar que lo que se



decidirá en el proceso principal se cumpla, se ejecute y no quede en "letra muerta", o evitar que se produzca un perjuicio irreparable.

4.2. Facultad del órgano de segunda instancia.-

3. 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.

4. 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.

5. 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".

4.3. Análisis del caso concreto.-

6. Debemos empezar señalando que el señor Juez de instancia, para declarar infundada la solicitud cautelar, fundamentó su decisión básicamente en los siguientes considerandos de la resolución materia de apelación (Nro. CUATRO): **SEXTO**: *Dentro de este contexto de cosas, veamos si concurre el primer requisito que se refiere a la verosimilitud del derecho invocado, esto es, que el derecho invocado por el recurrente y que sirve de base y fundamento a su pretensión cautelar tenga algo de cierto. De los actuados del Expediente N° 065-207 sobre Tenencia y Custodia, seguido entre las mismas partes por ante este mismo Juzgado y que obran a folios 43 a 45, y a folios 95 a 97, se aprecia que de mutuo acuerdo y en forma libre y voluntaria, y contando con el asesoramiento técnico jurídico de sus respectivos abogados, con fecha 21 de julio del 2017, celebraron un acuerdo conciliatorio estableciendo una tenencia compartida para la menor [REDACTED], y conforme al cual el recurrente ejercería la tenencia y custodia sobre dicha menor a partir del día viernes al medio día en que la recogería de su colegio; y la demandada, en su calidad de madre, ejercería la tenencia y custodia sobre dicha menor a partir del día lunes al medio día en que la recogería de su colegio, todo el día martes, todo el día miércoles, todo el día jueves hasta el día viernes por la mañana en que la dejaría en su colegio.* **SÉTIMO**: *Este acuerdo conciliatorio debidamente aprobado y que por mandato del artículo 328 del Código Procesal Civil, tienen efectos de sentencia y autoridad de cosa juzgada, ha sido incumplido por el recurrente conforme se aprecia de la Certificación Policial de fecha 27 de junio del 2018 que obra a folios 47 a 48, mediante la cual se da cuenta que a solicitud de doña [REDACTED], madre de la menor tutelada, quien refirió que el padre de su niña don [REDACTED] no ha cumplido con el acuerdo conciliatorio de tenencia compartida de su menor hija, pues hasta la fecha no le había entregado a dicha menor, el personal policial de la Comisaría de la PNP de Chepén, le prestó apoyo para buscarla, trasladándose hasta el inmueble ubicado en la calle San Pedro N° 562-Chepén, lugar donde no pudieron entrevistarse con nadie; que luego se trasladaron a la Av. Gonzales Cáceda N° 120-Chepén, lugar donde trabajaba el recurrente, siendo informados que el recurrente desde el día de ayer se encontraba de permiso y que desconocían su paradero; para luego trasladarse a la Urb. La Paz Mz. C, Lote 1-Chepén, lugar donde le informaron que desconocían del paradero del recurrente y de la menor tutelada.* **OCTAVO**: *Que el desacato e incumplimiento por parte del recurrente del Acuerdo Conciliatorio celebrado el 21 de julio del 2017, el mismo que tiene efectos de sentencia y por ende el quebrantamiento de la norma contenida en la artículo 4 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado*



por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que estipula que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales con autoridad de cosa juzgada y en sus propios términos, no solo se acredita con la Certificación Policial referida, sino que se corrobora y ratifica con la propia declaración asimilada del recurrente, quien en los fundamentos dos (2), tres (3) y cuatro (4) de su solicitud cautelar a folios 24, declara que desde el 25 de junio del 2018 y debido a que su menor hija se encontraba con fiebre y no era la primera vez, decidió llevarla al médico y no entregarla a la demandada y demandante a la vez, y que desde dicha fecha tiene a su cargo a la menor [REDACTED]

NOVENO: Los hechos antes indicados y conforme se aprecia de los actuados de folios 66 a 89, han dado lugar a que con fecha 06 de julio del 2018, doña [REDACTED] [REDACTED] interponga demanda sobre VARIACIÓN DE TENENCIA, la misma que se tramita bajo el Expediente N° 00382-2018-0-1603-JM-FC-01; y por su parte el recurrente con fecha 06 de agosto del 2018 y conforme se aprecia de los actuados que obran a folios 162 a 180, también ha interpuesto demanda sobre Variación de Tenencia, la misma que se tramita bajo el Expediente N° 00403-2018-0-1603-JM-FC-01, proceso este último que se ha acumulado al primero. **DÉCIMO:** Ahora, apreciando que ambos procesos acumulados versan sobre variación de la tenencia y custodia de la menor tutelada, y estos tienen por finalidad establecer, determinar y definir solo a favor de uno de los padres la tenencia y custodia de la menor [REDACTED], esto es, la finalidad específica y concreta de dichos procesos consiste en quitarle la tenencia a uno de los padres y otorgarla en su totalidad al otro, y la medida cautelar solicitada no tiene ese propósito, entonces no resulta útil e idónea para garantizar y asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, finalidad que debe tener toda medida cautelar y que lo hemos señalado en la parte final del quinto considerando. **DÉCIMO PRIMERO:** Si como manifiesta el recurrente en su solicitud cautelar a folios 25, que su menor hija [REDACTED], desde julio del 2018 ya no ido a su escuela, tal situación negativa por cierto para la niña, es consecuencia o producto de la propia irresponsabilidad e incumplimiento por parte del recurrente del acuerdo conciliatorio sobre tenencia compartida celebrado con la demandada. La situación era simple y sencilla, el recurrente debió cumplir el acuerdo conciliatorio celebrado con la demandada y la menor tutelada estaría asistiendo normalmente a su colegio. **DÉCIMO SEGUNDO:** Que por lo demás y estando a la forma y términos de la medida cautelar genérica solicitada, el recurrente no ha acreditado que la demandada o familiares directos de ésta hayan pretendido en algún momento llevarse a la niña, o que lo hostilicen, lo amenacen o le impidan que lleve a la niña a su colegio. Al contrario, tal proceder o tales actitudes tienen el recurrente conforme se aprecia de la Certificación Policial que obra a folios 37 y de la Constancia de Incidente que obra a folios 38, documentos de los que se aprecia que el día 24 de abril del 2017, el recurrente ingresó al Aula del Centro Educativo donde estudiaba la menor tutelada, cogiéndola y sin autorización de la demandada, su madre, pretendía sacarla. **DÉCIMO TERCERO:** El juzgador aprecia que la medida cautelar genérica



solicitada en el fondo contiene una medida cautelar de tenencia provisional simulada o disfrazada, cuando la tenencia en definitiva a favor de uno de los padres tiene que ser establecida, determinada y definida en el proceso principal y mediante la sentencia, por ello los mensajes de texto y los Informes Psicológico y Social, que por cierto estos últimos no obran en el expediente cautelar, y que el recurrente pide sean valorados, no tienen relevancia y/o trascendencia para el tipo de medida cautelar solicitada. Siendo así, a juicio del juzgador no concurre el requisito de la verosimilitud del derecho invocado". Contra esta resolución judicial, el solicitante de la medida cautelar, a través de su escrito de apelación, propone básicamente dos cuestionamientos impugnatorios, que serán atendidos a continuación.

7. En el **primer cuestionamiento de apelación** se sostiene que el juzgador no realiza un correcto análisis de la verosimilitud del derecho porque solo ha resaltado su incumplimiento del acuerdo conciliatorio y que su persona es la causante de lo que está pasando a su menor hija; empero, en ningún momento resaltó el interés superior del niño. **Sobre el particular**, del contenido del referido cuestionamiento se tiene que se está denunciando un vicio de motivación; en específico, de inexistencia de motivación en lo que concierne a la evaluación de la verosimilitud del derecho para la concesión de la medida cautelar.
8. Al respecto, se tiene que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, 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.**



9. 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"**.

10. Al respecto, 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:

"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 (...)".

11. Ahora bien, tal como lo ha señalado la Corte Suprema en la Casación Nro. 2229-2008-Lambayeque, expedida en el Segundo Pleno Casatorio Civil, el analizado derecho no implica que se trate *"de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercer la potestad jurisdiccional, ya que **la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes"***.

12. Ingresando al caso concreto, advertimos que en la resolución apelada sí se han exteriorizado las justificaciones normativa y fáctica que se han empleado para descartar la presencia de la verosimilitud del derecho. Así,



tenemos que en los considerandos **DÉCIMO** y **DÉCIMO SEGUNDO** se ha señalado: "**DÉCIMO:** Ahora, apreciando que ambos procesos acumulados versan sobre variación de la tenencia y custodia de la menor tutelada, y estos tienen por finalidad establecer, determinar y definir solo a favor de uno de los padres la tenencia y custodia de la menor [REDACTED], esto es, **la finalidad específica y concreta de dichos procesos consiste en quitarle la tenencia a uno de los padres y otorgarla en su totalidad al otro, y la medida cautelar solicitada no tiene ese propósito, entonces no resulta útil e idónea para garantizar y asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva,** finalidad que debe tener toda medida cautelar y que lo hemos señalado en la parte final del quinto considerando" y "**DÉCIMO SEGUNDO:** Que por lo demás y estando a la forma y términos de la medida cautelar genérica solicitada, **el recurrente no ha acreditado que la demandada o familiares directos de ésta hayan pretendido en algún momento llevarse a la niña, o que lo hostilicen, lo amenacen o le impidan que lleve a la niña a su colegio.** Al contrario, tal proceder o tales actitudes tienen el recurrente conforme se aprecia de la Certificación Policial que obra a folios 37 y de la Constancia de Incidente que obra a folios 38, documentos de los que se aprecia que el día 24 de abril del 2017, el recurrente ingresó al Aula del Centro Educativo donde estudiaba la menor tutelada, cogiéndola y sin autorización de la demandada, su madre, pretendía sacarla".

13. En este sentido, resulta falso el argumento del recurrente esbozado en el sentido que solo se ha considerado su incumplimiento al acuerdo conciliatorio para razonar que no existe verosimilitud del derecho, ya que, tal como se ha señalado en el considerando precedente, existen en esencia dos argumentos adicionales que hacen que se llegue a tal consideración.
14. Así, el hecho que la medida cautelar genérica solicitada no se adecúe a las pretensiones y que el recurrente no ha ofrecido prueba alguna que logre acreditar que la demandada o familiares directos de ella hayan pretendido en algún momento llevarse a la niña, o que lo hostilicen, lo amenacen o le impidan que lleve a su menor hija al colegio, se presentan como argumentos válidos y suficientes para descartar la presencia de la verosimilitud del derecho.
15. Por otro lado, al no cumplirse con el referido requisito cautelar, no era posible aplicar el principio-derecho-norma procedimental del interés superior del niño, pues el mismo corresponde ser aplicando luego de verificar el respectivo cumplimiento de los requisitos para la concesión de las medidas cautelares. Por todas estas razones, el cuestionamiento de apelación debe ser rechazado.



16. Finalmente, atendido a la naturaleza de la pretensión y de los derechos materia de controversia, corresponde recomendar al juez de instancia a que resuelva de manera célere la presente litis, debiendo emitir, cuando corresponda, la respectiva decisión sobre el fondo, teniendo en consideración que se encuentra en juego la tenencia de una menor de edad y por ende otros derechos conexos a ella.

17. Por las consideraciones expuestas, y al no existir otros cuestionamientos que logran la revocación o nulidad del auto impugnado, corresponde **CONFIRMAR** la resolución venida en grado.

V. DECISIÓN.-

Estando a las razones expuestas, 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: INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED], mediante escrito que obra de folios doscientos doce a doscientos quince.

5.2. CONFIRMAR: el auto contenido en la resolución número **CUATRO**, de fecha cinco de agosto del dos mil diecinueve, que obra de folios doscientos uno a doscientos siete, que resolvió **DECLARAR INFUNDADA** la solicitud sobre MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA interpuesta por el demandado y demandante a la vez señor [REDACTED] contra doña [REDACTED], mediante escrito de folios 23 a 32, subsanada a folios 197 y 198. Anótese, notifíquese y devuélvase. **Actuó como Ponente el Doctor David Florián Vigo.**

SS.
CHÁVEZ GARCÍA
FLORIÁN VIGO
ESCALANTE PERALTA