



2.2. Mediante escrito que obra de folios ciento treinta y nueve a ciento cuarenta y cinco, el demandante solicitó que se le conceda una **MEDIDA CAUTELAR ANTICIPADA**, con la finalidad que se le otorgue la tenencia de su menor hijo [REDACTED], a fin de evitar los actos lesivos ocasionados por la demandada.

2.3. Finalmente, mediante resolución número **ONCE**, de fecha dos de mayo del dos mil dieciséis, que obra de folios cuatrocientos cincuenta y dos a cuatrocientos cincuenta y seis, se resolvió **DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de medida cautelar anticipada de variación de tenencia. Contra dicha resolución, el señor [REDACTED] ha interpuesto recurso de apelación, cuyos fundamentos serán resumidos en el ítem siguiente.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

El señor [REDACTED], por escrito obrante de folios cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos setenta y siete, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la resolución recurrida, siendo sus fundamentos esencialmente los siguientes:

a) *"Que, en el séptimo considerando afirma la señora juez que el suscrito tiene un régimen de visitas y la demandada la custodia y tenencia. Analiza también, que no se justificaría la variación de la custodia y tenencia toda vez que el suscrito mantiene en vía de hecho la tenencia de [REDACTED] al estar bajo el seno familiar. Al respecto: a) La señora juez no distingue que no basta con tener la tenencia de un hijo en vía de hecho, sino que necesitamos de la seguridad jurídica que nos brinda una resolución expedida por el juez especializado (...)"*

b) *"En el octavo considerando afirma equivocadamente la señora juez, que la demanda de variación de custodia y tenencia ha sido interpuesta el 22 de enero del 2016, esto es, cinco meses después de haberse presentado la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior, sosteniendo también que al no haber transcurrido los 06 meses de producido el último acuerdo respecto de la tenencia de mi hijo, la demanda deviene en improcedente. Al respecto: (...) b) Que, el razonamiento realizado por la a quo esta fuera de toda lógica, pues no puede fundar su resolución en la fecha de la separación convencional de las partes, cuando ambos de manera expresa nos remitimos al expediente judicial sobre custodia y tenencia tramitado en el año 2013 (...) f) Que, es errado efectuar una aplicación extensiva del artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo errado pretender equiparar una ratificación de tenencia ante Notario como un nuevo hecho a partir del cual se contabiliza el cómputo del plazo (...)"*

c) *"La señora juez afirma en el octavo considerando que no se ha acreditado con los primeros recaudos que la integridad del niño se encuentre en peligro, al respecto: a) No es cierta tal afirmación, toda vez que conforme lo ha señalado la propia señora Juez existen dos protocolos de pericias psicológicas practicadas a mi hijo, de las que fluye el daño emocional del que ha sido víctima y de parte de su propia madre".*



IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA.-

4.1. Sobre las medidas cautelares.-

1. Debemos de señalar que la finalidad concreta de las medidas cautelares 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. Al respecto, el autor Mariano Peláez Bardales, señala: "*Conforme ya se ha señalado reiteradamente, el objetivo o finalidad central de las medidas cautelares es asegurar el resultado práctico de la sentencia y además impedir que el derecho, cuyo reconocimiento se pretende obtener mediante el proceso, pierda precisamente su eficacia, durante el tiempo que transcurre desde la etapa postulatoria hasta el momento que se obtiene la sentencia definitiva*"¹.
2. ***Sin embargo***, si bien es cierto cualquier persona que se sienta perjudicada y que haya interpuesto un proceso principal, o que pretenda interponer un proceso principal, puede solicitar una medida cautelar, también es cierto que ***para su interposición se debe cumplir con requisitos generales y especiales***, los generales son aplicables para todo tipo de medidas cautelares y los encontramos regulados en el artículo 610 del Código Procesal Civil, y los especiales se encuentran señalados en las disposiciones legales que regulan cada tipo de medida cautelar (para futura ejecución forzada, ***temporal sobre el fondo***, innovativa, de no innovar, otras).

4.2. Sobre la Motivación de las Resoluciones Judiciales.-

3. 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***.
4. 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

¹ Peláez Bardales, M. (2005). *Manual Práctico: El Proceso Cautelar*. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY. Pág. 88.



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.**

5. 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 inciso 6 del 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".**

6. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 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 (...)".

7. Por lo que, establece diversos supuestos que violan el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, siendo entre otros los siguientes:

"a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. *Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que **no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de***



que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (...)

d) La motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo (...).

4.3. Análisis del caso concreto.-

8. Antes de analizar el asunto puesto a nuestro conocimiento, es necesario reiterar las razones que llevaron a la señora Juez a declarar improcedente la solicitud cautelar, esto a efecto de verificar con el nuevo análisis (en base a los cuestionamientos realizados por el apelante), si la decisión tomada es o no correcta. Dichas razones se resumen esencialmente en el siguiente fundamento: *"OCTAVO: En tal sentido, atendiendo que la demanda de variación de la tenencia ha sido presentada el veintidós de enero del dos mil dieciséis, a cinco meses de haberse presentado la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior, oportunidad en que las partes se remitieron a lo resuelto entre otros procesos al expediente número [REDACTED] en el que se estableció la tenencia del niño a favor de su madre; resulta que no ha transcurrido los seis meses de producido el último acuerdo respecto a la tenencia del niño, en aplicación extensiva de la prescripción contenida en el artículo 86 de código de los niños y adolescentes, que establece que la acción de variación de tenencia podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente; siendo que en el caso de autos, la solicitud ante notario público que actualmente también tiene competencia en asuntos de separación convencional y divorcio ulterior, equipara una ratificación de la tenencia del niño a favor de su madre, por lo que resulta extensivamente aplicable para la oportunidad en que debe solicitarse la variación de tenencia; por lo que en ese sentido a la fecha de interposición de la demanda no ha vencido dicho plazo, máxime si no se ha acreditado de manera fehaciente que la integridad del niño se encuentra según los primeros recaudos que se tiene a la vista, en peligro pues si bien existen dos procesos judiciales sobre maltrato psicológico en agravio del niño atribuido a su madre, los mismos se encuentran en trámite no habiéndose establecido aún responsabilidad, aunado a ello que no se puede dejar de considerar que el niño está afectado emocionalmente y ello obedece a las relaciones marcadamente conflictivas de sus padres, conforme se evidencia de los primeros*



actuados, situación que lógicamente perjudica a todo niño, por lo que respecto a la responsabilidad exclusiva de la madre con respecto al maltrato psicológico que se le atribuye en agravio de su hijo esto se dilucidará oportunamente en los respectivos procesos, máxime si en las medidas de protección dictadas no se ha considerado la prohibición de la madre hacia su hijo”.

9. Se debe indicar que conforme a la doctrina, a las reiteradas ejecutorias supremas y en aplicación de lo dispuesto en la última parte del artículo 370 del Código Procesal Civil, los poderes de la instancia de alzada están limitados, en virtud del postulado máximo **"tantum appellatum, quantum devolutum"**, en virtud del cual el tribunal de alzada solamente puede conocer mediante la apelación de los agravios que afectan al impugnante, y que este los haya denunciado en su recurso de apelación, de allí que el artículo 366 del Código Procesal Civil, señala: **"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"**. Así, del análisis del recurso de apelación se advierte concretamente que existen tres cuestionamientos principales, los cuales se pasarán a resolver a continuación.
10. Los cuestionamientos del demandante, inciden básicamente en la falta de motivación o motivación insuficiente de la resolución apelada, pues considera que en forma errónea ha considerado no se justificaría la variación de la custodia y tenencia toda vez que él demandante mantiene en vía de hecho la tenencia de su menor hijo, y que además ha efectuado un cómputo errado para demandar la variación de la tenencia y que no se habría probado que el menor de edad se encuentre en peligro.
11. De la revisión de lo actuado en el presente cuaderno de apelación, este Colegiado ha advertido –tal como lo ha señalado la parte demandante– que el Juez ha omitido valorar y fundamentar esencialmente los siguientes aspectos:
 - 11.1. El señor Juez no ha analizado si pese a que el menor de edad se encuentra de hecho en poder del demandante, resulta procedente la medida cautelar, toda vez que judicialmente existe una decisión que formalmente le corresponde la tenencia del menor a la madre, y el demandante (peticionante de la medida cautelar, sólo tiene un régimen de visitas).
 - 11.2. Asimismo resulta, necesario que la señora Juez explique en forma detallada porque ha considerado el plazo de los seis meses a que se refiere



el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes, que prescribe: "La resolución sobre tenencia puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas. La solicitud deberá tramitarse como una nueva acción. Esta acción podrá interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, salvo que esté en peligro la integridad del niño o del adolescente. *Toda vez que se ha tomado en cuenta la fecha de la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior, cuando en realidad el acuerdo de la tenencia se dio en el año 2013, en el expediente No. [REDACTED], tramitado ante el Segundo Juzgado de Familia de Chichlayo.*

Asimismo no habré tenido presente o no se ha pronunciado sobre los expedientes de violencia familiar, seguido en contra de la demandada, y en favor del menor.

De lo expuesto, tenemos que el Juez ha motivado la resolución materia de apelación, pero en forma insuficiente, pues lo expuesto no se corresponde con lo actuado en el proceso; en consecuencia, se debe declarar su nulidad, disponiendo que se emita una nueva resolución, desarrollando los aspectos básicos reseñados en el fundamento precedente, y otros a efecto que los justiciables no consideren que se les está vulnerando sus derechos.

1. Esta decisión se ampara 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**"; y, el artículo 176 del mismo código adjetivo, en su parte final, que establece: "**Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda**".
2. Asimismo, en el artículo 122 del Código Procesal Civil, que prescribe: "**Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado**"; disposición que enuncia una regla de congruencia entre el contenido de las resoluciones y lo actuado en el



proceso, la que reviste carácter imperativo, dado que la resolución que no cumple con tal requisito se encuentra viciada de nulidad.

12.

IV. DECISIÓN.-

En consecuencia, 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:

DECLARAMOS: NULO el auto contenido en la resolución número **ONCE**, de fecha dos de mayo del dos mil dieciséis, obrante de folios cuatrocientos cincuenta y dos a cuatrocientos cincuenta y seis del presente cuaderno de apelación, en el extremo que resolvió: **DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la solicitud de medida cautelar anticipada de variación de tenencia efectuada a folios ciento treinta y nueve a ciento cuarenta y cinco por doña [REDACTED]

DISPONEMOS: Que la señora Juez expida una nueva resolución judicial debidamente motivada.

Anótese, notifíquese y devuélvase oportunamente. **Actuó como Ponente, el señor Juez Superior Titular, Dr. David Florián Vigo.**

SS.
CHÁVEZ GARCÍA
CÁRDENAS FALCÓN
FLORIÁN VIGO