

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

SUMILLA: La restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia (aunque es una herramienta para su protección) por lo que no puede derivar de dilaciones innecesarias dado que lo único que interesa es determinar si cabe o no restituir al menor al lugar donde tuvo su residencia habitual. Ello, de ninguna forma significa el desamparo del menor, sino que la decisión sobre la custodia, tenencia, patria potestad o régimen de visitas debe ser solucionada en el país de origen.

Lima, veintidós de octubre de dos mil trece.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: vista la causa número ochocientos noventa y tres guión dos mil trece, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley; emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

En el presente proceso de restitución de menor la entidad demandante interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes en su calidad de autoridad central peruana, ha interpuesto recurso de casación, mediante escrito de fojas mil setecientos trece, interpuesto contra la sentencia de vista obrante a fojas mil seiscientos ochenta y siete, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, su fecha catorce de noviembre de dos mil doce, que confirma la resolución número ochenta y tres, de fecha cinco de julio de dos mil doce, que declara infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

Por escrito de fojas ciento diecinueve, la entidad demandante Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables interpone demanda contra [REDACTED] para que se haga efectiva la restitución internacional de los niños [REDACTED] y [REDACTED] de cinco y cuatro años de edad, nacidos el nueve de marzo de dos mil cinco y tres de agosto de dos mil seis, respectivamente; alegando que los padres de los niños [REDACTED] y [REDACTED], la señora [REDACTED] y el señor [REDACTED], quienes contrajeron matrimonio el veintitrés de octubre del dos mil cuatro en el distrito de Jesús María, se encuentran en proceso de divorcio. Refiere que con fecha dos de enero de dos mil once, tras un incidente en el domicilio conyugal del cual la madre fue víctima, el padre [REDACTED] salió de España hacia el Perú con sus dos menores hijos, siendo que con fecha seis de enero de dos mil once, la señora viaja al Perú con el objetivo de recuperar a sus hijos, encontrándose los niños y el padre en casa de los abuelos paternos, negándoles el padre la autorización de la salida del país de los niños lo que motivó que la madre regrese sola a España.

Indica que con fecha veintiséis de enero de dos mil once, el padre de los niños regresa a España presentándose en el domicilio conyugal, mientras su aún esposa se encontraba haciendo una mudanza, dado que bajo las circunstancias en las que se encontraba no podía afrontar los gastos de aquella casa, amenaza a la señora con no dejarla volver a ver a sus hijos y expresa su intención de abandonar España con el objetivo de eludir la justicia de dicho país, hechos que fueron denunciados el veintisiete de enero de dos mil once por la parte afectada. Con fecha treinta de enero de dos mil once, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucciones de Torrejón de Ardoz dictó un auto con las siguientes medidas de carácter civil: patria potestad compartida así como guarda y custodia igualmente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

compartida, prohibiéndosele además abandonar España al señor [REDACTED] [REDACTED], requiriéndosele la entrega del pasaporte, y advirtiéndosele que el quebrantamiento de dichas medidas podían dar lugar a un delito.

Que con fecha nueve de febrero de dos mil once, la señora [REDACTED] [REDACTED] viene nuevamente al Perú a recoger a sus menores hijos conforme al auto del Tribunal de Torrejón, sin embargo recibe al igual que en la anterior ocasión evasivas y negativas de parte de los abuelos paternos no pudiendo cumplir con lo estipulado en el auto del tribunal, frente a ello se denunció el hecho ante la Comisaría de San Martín de Porres. Igualmente la señora cursó carta notarial a los abuelos paternos exigiendo la entrega de sus menores hijos, no recibiendo ninguna respuesta. Con fecha cinco de abril de dos mil once, la entidad demandante recibe de la autoridad central de España la solicitud de restitución de los niños, a través del cual se les pide accionar conforme a lo establecido en el artículo 7 del Convenio de la Haya de mil novecientos ochenta, con el objetivo de conseguir la restitución de los mismos a su país de residencia habitual España. [REDACTED]

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito de fojas ciento ochenta y cinco el demandado [REDACTED] [REDACTED] contesta la demanda, señalando que su persona en ningún momento salió de España en forma inconsulta, sino por el contrario fue por la propia voluntad de la demandante porque ésta le manifestó que quería hacer su vida con su nueva pareja. Que se vio obligado a traer a sus hijos porque la accionante tenía una conducta deshonrosa, toda vez que llevaba a sus hijos a la casa de su amante, y que es mentira que ella se encontrara haciendo una mudanza de su domicilio conyugal en España, por cuanto no podía afrontar los gastos de la casa, ya que en ningún momento la ha abandonado económicamente y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

que más bien ella no ha contribuido al mantenimiento del hogar porque siempre se pasaba los días y las noches durmiendo mientras él laboraba en más de tres centros de trabajo.

El demandado sostiene que la accionante en ningún momento hace referencia que la separación de hecho y la tenencia compartida que ostentan ambos se debe a su conducta deshonrosa, por cuanto, con el mayor descaro le precisó que tenía un amante y que inclusive a sus menores hijos los llevaba a la casa de su nueva pareja. Refiere que sus señores padres no tienen nada que ver con sus problemas conyugales, sin embargo, se formuló recurso de habeas corpus contra ellos; ante tales hechos y en resguardo de la integridad física y psicológica de sus menores hijos se vio obligado a formular demanda sobre tenencia de menor, acción contenciosa que conoce el Segundo Juzgado Mixto de Condevilla, expediente número 0029-2011. Señala que debe considerarse que su esposa y el demandado tienen la tenencia compartida y que su persona no ha negado ni niega compartir con la señora [REDACTED] la tenencia y la patria potestad de sus menores hijos, lo único que desea es que sus menores hijos vivan en paz, en amor y tengan la misma oportunidad de otros niños.

3. Puntos controvertidos:

Se fijaron como puntos controvertidos:

- i) Determinar si [REDACTED] ha retenido ilícitamente a sus hijos en el Perú.
- ii) Determinar cual es el lugar de residencia habitual de los niños.
- iii) Determinar si se encuentran presentes algunos de los supuestos previstos en el artículo 13 de La Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

iv) Determinar si los niños se encuentran integrados en el ambiente en que viven encontrándose en la actualidad.

4. Sentencia de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro, su fecha cinco de julio de dos mil doce, ha declarado infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad; *considerando* que en el caso de autos no se ha dado un traslado, ni mucho menos una retención ilegítima con afectación del derecho de custodia legal alguno, más aún si se tiene en consideración que las resoluciones emitidas por la judicatura española han sido en fecha posterior al ingreso al país de los niños [REDACTED] y [REDACTED]. La sentencia señala que tratándose de hijos matrimoniales con ambos padres presentes, la patria potestad y custodia de los niños, bajo los términos de La Convención, corresponde a ambos progenitores, al no haberse demostrado que existe una orden judicial de custodia legal o física exclusiva otorgada a la madre en fecha anterior al traslado de los niños al Perú. Agrega que los niños [REDACTED] y [REDACTED] se han integrado al ambiente en el cual vienen desenvolviéndose.

Respecto al supuesto de la excepción del artículo 13, literal b), de La Convención, referido al caso en que la restitución de menor implique para él o ella un grave riesgo de ser expuesto a un peligro grave, físico o psíquico, o lo coloque en una situación intolerable debe interpretarse necesariamente de manera restrictiva por ser el interés primordial del niño, en atención a La Convención, su restitución al lugar de su residencia habitual. En esa perspectiva, estima que se le ocasionaría grave daño a los menores porque se desenvuelven actualmente en un ambiente que les brinda una adecuada calidad de vida adaptada al entorno familiar paterno.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

contando con las atenciones propias de su edad, encontrándose cursando sus estudios escolares en forma satisfactoria, conforme a los informes académicos obrantes en autos.

5. Fundamentos de la apelación:

Mediante escrito de fojas mil cuatrocientos sesenta y cuatro, la demandante [REDACTED] interpone recurso de apelación, alegando que existe error en el considerando tercero, por cuanto el veintiséis de enero de dos mil once, don [REDACTED] regresó solo a España sin sus menores hijos. Señala que no se ha precisado que el padre de sus menores hijos otorgó y firmó ante el Consulado de Perú en Madrid, una autorización de viaje de menores, de fecha ocho de febrero de dos mil once, con la cual se le permitía viajar con sus hijos de Perú a España.

Asimismo sostiene:

- a) Que no se ha tomado en cuenta la conducta procesal del demandado, pues no ha analizado que no se han llevado a cabo la segunda y tercera sesión porque el demandado hizo caso omiso a los mandatos judiciales, esto es, que no cumplía con llevar a sus menores hijos para ser entrevistados por la autoridad judicial y el Ministerio Público, así como tampoco cumplió con llevar a sus hijos al área de Psicología, para las visitas programadas durante los meses de abril y mayo de dos mil doce.
- b) Que emitida la resolución de reagrupación familiar por las autoridades españolas, los menores conjuntamente con sus progenitores viajaron a España el primero de agosto de dos mil nueve, ya que ambos padres regresaron a Perú para recoger a sus hijos, viviendo en ese país hasta el tres de enero de dos mil once, por haber sido sustraídos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

abrupta y violentamente de su lado, ya que en ningún momento ha dado su consentimiento para que sus hijos viajen, ni al interior ni fuera de España.

- c) Que está probado que la residencia habitual de los niños al momento de la sustracción y la de ambos progenitores era la Calle [REDACTED] - CP - veintiocho mil ochocientos sesenta y tres, Madrid, España.
- d) Que no se debe analizar dónde nacieron los hijos, ni en cuantos lugares han estado viviendo, ni cuantos meses o años han vivido en cada lugar durante toda su vida, tampoco si es suficiente el tiempo para acreditar su residencia en España, sino que según lo estipulado en el Convenio, se trata de acreditar la residencia habitual donde estuvieron viviendo los menores hasta antes del traslado ilícito, esto es, dónde se encontraban haciendo su vida cotidiana, cursando sus estudios, gozando de su vida familiar, social y cultural, en compañía de sus progenitores como familia nuclear.
- e) Que el tiempo de residencia donde los niños estudiaban y realizaban su vida con normalidad son suficientes instrumentos que prueban que sus hijos se encontraban social y culturalmente integrados a España, lugar donde ambos progenitores decidieron fijar su residencia habitual familiar, la cual fue quebrada abrupta y arbitrariamente por el demandado y donde estarían gozando de mejores condiciones y calidad de vida, mejores oportunidades para sus hijos en cuanto a su desarrollo educativo, social, cultural y principalmente de mayores ventajas en cuanto a cobertura sanitaria y calidad de servicios de salud, en especial para su hija [REDACTED] quien fue intervenida quirúrgicamente en dos oportunidades en el hospital La Paz de Madrid.
- f) Que el traslado y retención de los niños en Perú, violó el derecho de custodia que tenía la madre, no habiéndose valorado, tampoco que el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

Juzgado de Violencia sobre la mujer número uno de Torrejón de Ardoz, Madrid, España, expidió un acta el dos de marzo de dos mil once, en la que se constata la incomparecencia del denunciado y el secuestro o sustracción de sus menores hijos, por lo que se dictó un auto ordenando librar mandamiento de busca y captura internacional del progenitor y la localización de los menores.

- g) Que no es argumento para alejarse del espíritu de la referida Convención de La Haya que ambos niños se encuentran integrados al ambiente en el cual viven, pues teniendo en cuenta su corta edad no han alcanzado la madurez suficiente para formarse un juicio propio.
- h) Que no se configura ninguna de las excepciones previstas en el artículo 13 de La Convención, dado que el grave riesgo no ha sido probado de forma contundente y el retorno de los niños a España no conlleva a una decisión sobre tenencia o custodia a favor de la madre en este proceso, estando restringido a reponer el estado de cosas al que corresponde en el momento de la sustracción, esto es, permitiendo que sean las autoridades españolas las que puedan adoptar las decisiones provisionales y definitivas favorables a los niños a que haya lugar.
- i) Que el lugar de residencia habitual de los niños era España, pues en ese país tenían su centro de vida antes de ser sustraídos a Perú, en ese sentido el padre no podía decidir arbitraria y unilateralmente cambiar el lugar de residencia de ambos niños sin contar con el consentimiento de la madre.

Mediante escrito de fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables apela la sentencia, alegando que la sentencia no se encuentra debidamente fundamentada y hay falta de valoración de medios probatorios; reiterando los agravios denunciados por la apelante. [REDACTED]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

6. Sentencia de vista:

Elevados los autos a la Sala Superior en virtud de los recursos de apelación interpuestos por los demandantes [REDACTED] y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, mediante resolución de fecha catorce de noviembre del dos mil doce, obrante a fojas mil seiscientos ochenta y siete, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte resolvió confirmar la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce, que declara infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad, considerando que se encuentra acreditado que no existe retención ilícita por parte del demandado [REDACTED] al haber quedado establecido con la calidad de cosa juzgada la existencia material del ejercicio de una custodia de hecho por parte de los abuelos paternos, debiendo consecuentemente ser el derecho de cuidado, tutela y/o custodia de hecho de los menores [REDACTED] y [REDACTED], ser materia de discusión en la vía jurisdiccional correspondiente. La Sala Superior señala que la vía de restitución de menor no resulta la idónea para resolver dichas incidencias, de ahí que lo alegado por la apelante en el sentido de que se ha afectado su derecho de custodia, debe desestimarse, en razón a que dicha pretensión (derecho de custodia) será materia de otro proceso judicial. Con respecto al lugar de residencia habitual, el más frecuente es el ubicado en la ciudad de Lima, Perú, máxime si la apelante con fecha ocho de marzo de dos mil once ha señalado tener domicilio diferente al que considera como residencia habitual, no pudiendo considerarse la dirección española como la de su domicilio habitual, por cuanto ya no les pertenece y por tanto dista de ser la mejor decisión, atendiendo al principio de interés superior del niño. Añade que en todo caso se encuentra acreditado que [REDACTED] [REDACTED] había consentido o aceptado el traslado de sus menores

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

hijos encontrándose acreditado por tanto la presencia del supuesto recogido en el literal a) del artículo 13 del citado Convenio. Indica que considerando que la restitución solicitada importaría la residencia de los menores en lugar diferente al que tenían al momento de su traslado, se puede concluir que la restitución solicitada podría ponerles en una situación intolerable, pues trae consigo el desprendimiento familiar del que gozan en la actualidad. Por último se considera que los niños se encuentran integrados en la actualidad, en su medio familiar y social.

III. RECURSO DE CASACIÓN:

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha ocho de mayo de dos mil trece, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de autoridad central peruana, por: *la infracción normativa de la Convención de la Haya de mil novecientos ochenta, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y de los artículos 139, inciso 5 de la Constitución Política del Perú; I, III, IX del Título Preliminar; 122, inciso 3; 171, 197 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; infracción normativa de los artículos 3 y 4 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta; infracción normativa de los artículos 12 y 13, literal b) del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta; infracción normativa de los artículos 1, 3, 4, 5 y 14 del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

IV. MATERIA CONTROVERTIDA

Los puntos en discusión giran en determinar si hay defectos en la motivación de la resolución judicial; si se han infringido normas procesales referidas a la valoración probatoria y si se ha infringido el Convenio de Restitución de Menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- Que, atendiendo a las infracciones denunciadas, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Tal análisis se efectuará atendiendo a que en sociedades pluralistas como las actuales la obligación de justificar las decisiones jurídicas logra que ellas sean aceptadas socialmente y que el Derecho cumpla su función de guía¹. Esta obligación de fundamentar las sentencias propia del derecho moderno se ha elevado a categoría de deber constitucional. En el Perú el artículo 139, inciso 5°, de la Constitución Política del Estado señala 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 sustentan*". Igualmente el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe: "*Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan...*". En atención a ello, la Corte Suprema ha señalado que: "*La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional, por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara.*"

¹ Atienza, Manuel. Las razones del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991, p. 24-25.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente².

SEGUNDO.- Que, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que: "el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido" sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) En cuanto al traslado ilícito del menor: Se estableció como **premisa normativa**: que los efectos de la cosa juzgada hacen **inmutable** las resoluciones judiciales, conforme lo señalan el artículo 6 del Código Procesal Constitucional y el artículo 123 del Código Procesal Civil. Como **premisa fáctica** se indicó que se inició proceso de habeas corpus contra los padres del demandado, el mismo que concluyó señalando que no ha existido retención ilegal de menores y menos secuestro alguno. Como correlato a esas premisas, la Sala Superior llega a la **conclusión** que no existe retención ilícita alguna. (ii) En cuanto a la residencia habitual. Se estableció como **premisa normativa** el artículo 3.1. de La Convención sobre Derechos del Niño. Como **premisa fáctica** se mencionó que la demandante no tiene residencia permanente, que los niños han nacido en el Perú y que han permanecido más tiempo en el país. La **conclusión** a la que arribó la Sala Superior es que la residencia habitual de los menores se encuentra en esta ciudad y conviene a sus intereses permanecer en ella. (iii) En lo referente a la oposición a la restitución y a la integración de los menores al ambiente en que viven. Se estableció como **premisa normativa** el artículo 13 del Convenio Internacional de La Haya que establece las excepciones para la restitución. Como **premisa fáctica** se mencionó que los Informes Psicológicos señalaban que los menores se habían adaptado al seno familiar que los acoge y que los Informes Escolares así también lo

² Primer Pleno Casatorio, CAS N° 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, 21 de abril de 2008, p. 22013).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

acreditaban. La **conclusión** de la Sala Superior fue que se daban los supuestos de excepción para que no opere la restitución de los menores.

En todos los casos, tal como se advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

TERCERO.- Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas³, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁴. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que tal justificación externa existe en el sentido que se han utilizado normas del ordenamiento jurídico –nacional y supranacional- para resolver el caso en litigio, utilizando como premisas fácticas los hechos que han acontecido en el proceso. Esta correlación entre ambas premisas han originado una conclusión compatible con una interpretación de la norma.

CUARTO.- Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial⁵. En ningún caso, se aprecia déficit motivacional; por el contrario, la Sala Superior ha sido

³ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁴ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 00037-2012-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

escrupulosa al detallar las razones de su fallo, siendo su evaluación prolija en lo que respecta al material probatorio y el análisis de las normas jurídicas y hechos sometidos a controversia..

QUINTO.- Que, no obstante lo expuesto, ello no significa que este Tribunal Supremo deba concordar necesariamente con el fallo de la Sala Superior, pues diferencia con claridad que una cosa es el control lógico formal del silogismo judicial y una interpretación de la norma jurídica, y otra, la correcta interpretación del derecho objetivo. En efecto, el recurso de casación tiene como uno de sus fines el nomofiláctico, lo que importa, como ya había sido advertido por Calamandrei, acuñador del término, que se trata de lograr *"la exacta observancia y significado abstracto de las leyes"*⁶. Desde esa óptica, el profesor italiano advirtió que este *"exacto significado de la ley"* lo era en tanto había que considerar una interpretación (la del órgano casatorio) como *"oficialmente verdadera interpretación única"*⁷. Por supuesto, ello no significaba rechazar otro tipo de análisis, pero sí que el alcance que debe darse a lo aquí señalado es que en determinado tiempo y lugar se hace necesario considerar que la norma ha sido diseñada para ser comprendida de determinada manera, y esa es la función que le corresponde realizar a la casación. En este aspecto la nomofilaxia se vincula con la uniformización de la jurisprudencia, pues finalmente de lo que se trata es de lograr un sentido a la norma que permita llegar a la unidad del derecho.

SEXTO.- Que, estando a lo expuesto, este Tribunal Supremo considera que debe analizar lo referente al Convenio Internacional de la Haya y establecer los parámetros de interpretación respectivos. Así:

⁶ Guzmán Flujá, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho)*, Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 40, nota 71

⁷ Guzmán Flujá, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho)*, Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 41.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

- i) El referido Convenio fue suscrito el veinticinco de octubre de 1980 con un claro fin: *"asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente"*⁸ (artículo 1 del Convenio). Es esa finalidad la que debe tenerse en cuenta a efectos de interpretar dicha norma internacional. De ella se desprende: (a) que debe haber un traslado ilícito o siendo lícito una retención ilegal; (b) que lo que se quiere es la pronta restitución de los menores; y, (c) que debe analizarse la residencia habitual antes de los hechos y no de forma posterior al evento denominado traslado.
- ii) En esa línea, el Informe explicativo de la profesora Elisa Pérez - Vera, señala que hay dos circunstancias que caracterizan la situación de hecho que el Convenio pretende solucionar. En principio, el traslado de un menor fuera de su entorno habitual; luego, el hecho que la persona que traslada al menor pretende que las autoridades de su país legalicen la sustracción realizada escogiendo la jurisdicción que considera más favorable a sus intereses y favoreciéndose además con el transcurso del tiempo⁹. Es,

⁸ "Entendemos que la sustracción internacional de menores de edad tiene como propósito impedir el derecho de visita o custodia a uno de los progenitores, mediante la sustracción por parte del otro progenitor u otro miembro de la familia, al niño o niña fuera del Estado en donde residen habitualmente. Tratando además de obtener ventajas en el país de destino del traslado, sean estas de orden judicial⁵ o administrativas, para impedir el retorno forzado. Impidiendo de esa forma la relación del hijo con el progenitor custodio en forma absoluta (secuestro internacional) o dificultarla en forma extraordinaria (sustracción internacional)". Fundamento 12. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la América. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares

⁹ El Informe explicativo señala: "12 En primer lugar, en todas las hipótesis, nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

precisamente, esa situación ventajosa que el agente que sustrae al menor pretende obtener, lo que quiere ser evitado, restituyendo las cosas al estado anterior de la sustracción.

- iii) Aunque es verdad, que al realizarse la sustracción se crea una situación dramática cuya solución parece no satisfacer a nadie, no es menos cierto que lo que se busca es dar una solución rápida que impida el favorecimiento de quien rompió la unidad familiar¹⁰. En esa línea, la restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia (aunque es una herramienta para su protección) por lo que no puede derivar en dilaciones innecesarias, dado que lo único que interesa es determinar si cabe o no restituir al menor al lugar donde tuvo su residencia habitual. Ello, de ninguna forma significa el desamparo del menor, sino que la decisión sobre la custodia, tenencia, patria potestad o régimen de visitas debe ser solucionada en el país de origen.
- iv) En los términos aquí expuestos, la residencia habitual es el lugar donde el menor permanecía antes del traslado ilícito, esto es, el lugar

en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema. 13 En segundo lugar, la persona que traslada al menor (o que es responsable del traslado, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia. Se trata, por lo tanto, de alguien que forma parte del círculo familiar del menor, en un sentido amplio: de hecho, en la mayoría de los casos, la persona en cuestión es el padre o la madre". El texto completo del Informe explicativo en www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21.

¹⁰ "No se puede desconocer que en la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor. Violentando la situación preestablecida en el Estado de residencia habitual del menor". Fundamento 35. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN. Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

donde la familia tenía su domicilio permanente¹¹. Por consiguiente, los cambios de domicilio posteriores son irrelevantes, pues a menudo ellos ocurren precisamente por el hecho del traslado ilícito y a la necesidad de los padres de adecuarse a la nueva circunstancia existente.

v) Lo dicho, no significa que no deba haber estación probatoria, pero ella debe reducirse al mínimo y, en todo caso, debe efectuarse con la mayor celeridad posible porque el objetivo del Convenio es restituir las cosas al estado anterior de la sustracción¹². Toda demora, por consiguiente, favorece a quien ha sido agente activo del traslado o retención ilícita, al modificar los afectos, la pertenencia, los recuerdos del menor.

vi) Este Tribunal Supremo repara que los distintos órganos jurisdiccionales apelan al "*interés superior del niño*" para desacatar el mandato derivado del Convenio. Al hacerlo, expresan un cúmulo de generalidades o llenan de contenido al principio con expresiones cargadas de subjetividad y atendiendo a sus propias valoraciones sociales y culturales sin un valor objetivo de referencia. En casos, como los aquí detallados, el "*interés superior del niño*" tiene que relacionarse con los fines propios del Convenio y, es por ello, que debe entenderse que se protege dicho interés cuando se utiliza con celeridad un mecanismo de protección contra la multiplicación de las

¹¹ Por ello el convenio trata de "un traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia". Fundamento 36. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN. Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares.

¹² En ese sentido, la Reunión Interamericana de la red de jueces de La Haya y autoridades centrales sobre sustracción de menores, celebrada en México, entre el 23 al 25 de febrero del 2011, expresó: "De conformidad con la Ley Modelo Interamericana, se recomendó que, en la medida de lo posible, y respetando las normas del debido proceso se modifiquen las reglas de procedimiento con miras a aumentar la velocidad de los procedimientos, por ejemplo, limitando las instancias de apelación y reduciendo el número de audiencias" (fundamento 29).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

sustracciones internacionales de menores, en un contexto en el que la verdadera víctima de ella es el menor, que es utilizado como propiedad de uno de los padres y que siente la incertidumbre de un nuevo entorno que tiene que asimilar¹³.

- vii) Existen excepciones que las autoridades judiciales o administrativas del Estado deben contemplar para no ordenar el retorno del menor. Así, el artículo 13 menciona que ella puede no prosperar cuando la persona que lo solicita no ejercitaba antes la custodia del menor; de similar modo, los apartados 1, literal b), y 2 del mismo artículo 13 consagran como excepción que se ponga en peligro físico o psíquico al menor o la coloque en una situación intolerable. Sin embargo, como se advierte, son excepciones, de lo que sigue que se trata de eventos extraordinarios cuya utilización no puede ser habitual ni frecuente, lo que supone exigencia en la motivación cuando ellas quieran ser utilizadas.

SÉTIMO.- Que, teniendo en cuenta lo señalado en el considerando anterior, este Tribunal Supremo realizará el análisis sobre la materia de esta controversia. Así observa:

- i) La Sala Superior sostiene que no habría trasladado ilícito de los menores porque en el proceso de habeas corpus existe una comunicación del padre de la progenitora al padre del demandado,

¹³ En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida". Informe Dyer, p. 21. Ver: Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, elaborado por D. Adair Dyer, Doc. Prel. N° 1, agosto de 1977, supra, p. 18-25

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

en términos de conocimiento de donde estaban los niños¹⁴, lo que —a juicio de la impugnada— resulta compatible con la declaración de [REDACTED] de haber venido con sus hijos al Perú con permiso verbal de la madre (fojas ochocientos sesenta y seis). Sin embargo, tales expresiones no se condicen con los medios probatorios existentes en autos. En efecto, la recurrida no ha considerado que el traslado ilícito ocurrió el **tres de enero** de dos mil once, conforme se observa de la denuncia policial en la Comisaría del Aeropuerto de Barajas. Tampoco ha tenido en cuenta el Acuerdo Judicial ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Torrejón de Ardoz, ocurrido el **treinta y uno de enero de dos mil once**, acto en el cual ambos padres acordaron que los hijos regresaban a España. En esa circunstancia, el padre suscribió la respectiva Autorización de Viaje, por lo que era obvio que en ese momento tuviera la madre conocimiento dónde y con quién estaban sus hijos. Siendo ello así, la comunicación entre los abuelos de los menores, ocurrida el 08 de **febrero del 2012**, tuvo como contexto los hechos aquí relatados, de forma tal que son dichos eventos los que lo explican y no un supuesto permiso verbal de la madre, no acreditado en autos y, más bien, opuesto a las denuncias y acuerdos aquí reseñados, a la salida inusitada del demandado de España con fecha diecisiete de febrero de dos mil once, que ha originado en su contra un proceso de extradición, y al proceso de tenencia interpuesto por el demandado con fecha diecinueve de enero de dos mil once que supone intento de excluir a la madre de dicha facultad.

- ii) La Sala Superior expresa que el fallo judicial acontecido en el proceso de habeas corpus tendría la calidad de cosa juzgada y habría determinado la existencia de un "cuidado de hecho" por parte

¹⁴ "Hola julio, sabes mañana llega Giannina. Pasaremos por los bebés a las siete de la noche gracias. Pepe". Folios 160 del proceso de habeas corpus.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

de los abuelos paternos de los menores sustraídos que implica la inexistencia de retención ilegal de los menores. Este Tribunal Supremo considera que la apreciación de la impugnada es errada. En principio, porque las partes en el proceso de habeas corpus (madre y abuelos paternos) son distintos a los de este proceso (madre y padre de los menores); a continuación, porque el objeto de los referidos procesos es distinto: en el primer caso, lograr la restitución del menor trasladado ilícitamente de su residencia habitual; en el segundo supuesto, la protección de los derechos constitucionales; luego, porque el habeas corpus puede determinar la existencia o inexistencia de violación a derecho fundamental, pero no decidir sobre la custodia definitiva de un menor; finalmente, porque lo que aquí se está evaluando es la del traslado ilícito de los menores que corresponde efectuarse en el proceso establecido internacionalmente para ello: el de restitución de menores. En esa perspectiva, si bien es verdad que el proceso de habeas corpus debe ser tenido en cuenta, la decisión recaída en él no es determinante para resolver la presente causa y los valores que deben analizarse son los que se han consignado en el sexto considerando de esta sentencia. Tan es así que el propio fallo recaído en el proceso constitucional de habeas corpus expresa que la discusión sobre la presente materia deberá hacerse "en la vía jurisdiccional correspondiente" (fundamento 8 f, folios 167).

- iii) De otro lado, la Sala Superior ha mencionado que la residencia habitual de los menores se encuentra en el Perú porque ellos nacieron aquí, vivieron sólo un año y cinco meses en España y luego retornaron al país. A ello agrega la impugnada que la madre demandante ya no vive en Calle ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ Cobeña, Madrid, España, sino en el Municipio de Seseña, Toledo, España. Sobre dicho punto, este Tribunal Supremo debe mencionar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

seis). Esa es, por lo tanto, la residencia habitual que tuvieron los menores y, tal hecho, no puede ser menoscabado con el nuevo domicilio de la madre, dado que atendiendo a las nuevas circunstancias existentes (destrucción del hogar familiar y recursos económicos distintos a los que tenía) era posible tal mudanza, sin que eso en nada desvirtúe la residencia que tuvieron los menores.

- iv) Asimismo, la Sala Superior indica que los menores se encuentran integrados al ambiente donde están, conforme lo acreditan los certificados escolares y los Informes Psicológicos, por lo que la restitución podría ponerles en una situación intolerable que podría ponerlos en grave peligro psíquico. Este Tribunal Supremo estima que tal peligro es inexistente. En efecto, los Informes Psicológicos mencionan que si bien la madre biológica no se encuentra dentro del esquema familiar, si lo está en las verbalizaciones, apreciándose la atenta y cuidadora (██████████) y recordando momentos agradables (██████████)¹⁶. Es decir, no hay nada que indique que se esté colocando en peligro la integridad psíquica de los niños; es verdad, que luego del tiempo de permanencia en el país, hay una correspondencia afectiva al lugar donde se encuentran y a las personas que lo rodean, pero no es menos cierto que dada su escasa edad (cuatro y seis años) su proceso de reincorporación será mucho más rápido y las afectaciones que puedan sufrir podrán ser sanadas en breve tiempo sin mayor secuela. Sin duda, la restitución es de por sí un hecho dramático, mas no cabe perder de vista que tal acto fue originado por la decisión unilateral de una de las partes, quien rompió la residencia habitual de los menores y no tuvo en cuenta ni la voluntad de la madre ni mucho menos el deseo y la felicidad de sus hijos, a quienes

¹⁶ Informe Psicológico número 609-12-PSI-CSJCNL-PJ, obrante a fojas cuatrocientos veintitrés e Informe Psicológico número 610-12-PSI-CSJCNL-PJ, obrante a fojas cuatrocientos veintiséis.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

trató como propiedad y a quienes expuso a un proceso largo, tratando de beneficiarse del mismo.

OCTAVO.- Que, estando a lo expuesto, se dan los supuestos para declarar fundada la casación, pues la interpretación efectuada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte a los articulados de La Convención Internacional de La Haya, no se ajustan a ella, habiéndose emitido sentencia incorrecta, dado que se encuentra acreditada la sustracción ilícita del menor de su residencia habitual y la necesidad de su restitución ante la inexistencia de las excepciones contempladas en el referido Convenio.

VI. DECISIÓN:

Fundamentos por los cuales, en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil:

1. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil setecientos trece, interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de autoridad central peruana; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de noviembre de dos mil doce, obrante a fojas mil seiscientos ochenta y siete, y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha cinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro, que declara infundada la demanda; y **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la demanda de restitución internacional de menor; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACIÓN N° 893-2013
LIMA NORTE

contra [REDACTED]; interviniendo como ponente el señor
Juez Supremo Calderón Puertas.-

SS.

ALMENARA BRYSON

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHAVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Hmh/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

29 DIC 2013

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

SENTENCIA

CASACIÓN N° 893 - 2013

LIMA NORTE

Lima, veintidós de octubre de dos mil trece.-

EL VOTO DE LA JUEZ SUPREMA SEÑORA HUAMANÍ LLAMAS, ES COMO SIGUE:

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; visto el expediente numero: ochocientos noventa y tres guión dos mil trece, sobre proceso de **restitución internacional de menor**, en Audiencia Pública de la data, con informe oral, emitida la votación de la Suprema Sala Civil en cumplimiento de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con lo expuesto en el dictamen de la señora Fiscal Suprema de la Fiscalía Suprema en lo Civil (fojas 125 del cuaderno de casación) se expide la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO:

Que, se trata del recurso de casación interpuesto por el **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables**, a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de Autoridad Central Peruana (fojas 1763 del cuaderno de casación), *contra* la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución número 139 (fojas 1687), del 14 de noviembre de dos mil doce, que confirmó la sentencia apelada, contenida en la resolución número 83 (fojas 1434), del 05 de julio de dos mil doce, que declaró infundada la solicitud de **restitución internacional de menor de edad**.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN Nº 893 – 2013
LIMA NORTE

2.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

Que, el recurso de casación se declaró procedente, por resolución del ocho de mayo de dos mil trece (fojas 115 del cuaderno de casación), por la primera causal del artículo 386 del Código Procesal Civil, esto es: *Infracción normativa de los artículos: A) infracción normativa los artículos 139 –inciso 5- de la Constitución Política del Perú; I, III, IX del Título Preliminar, 122 –inciso 3-, 171, 197 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. B) infracción normativa de los artículos 3 –inciso a)- y 4 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980, C) infracción normativa de los artículos 12 y 13 -líteral b)- del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980; y, D) infracción normativa de los artículos 1, 3, 4, 5 y 14 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980.*

3.- ANTECEDENTES:

Que, para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa reseñada en el párrafo que antecede, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso, ya que sin hechos no se puede aplicar el derecho, para cuyo efecto se puntualiza un resumen de la controversia suscitada, materia del presente recurso:

3.1.- Que, el **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables** a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de Autoridad Central Peruana, a través de su escrito que presentó el 24 de mayo de dos mil doce (fojas 119), **interpuso demanda** contra **[REDACTED]**, para que se haga efectiva la restitución internacional de los niños **[REDACTED]** y **[REDACTED]**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

██████████ de cinco y cuatro años de edad, nacidos en PERU el nueve de marzo de dos mil cinco y tres de agosto de dos mil seis, respectivamente. Para cuyo efecto alega los siguientes fundamentos: que los padres de los niños ██████████ y ██████████, ██████████ y ██████████, quienes contrajeron matrimonio el veintitrés de octubre del dos mil cuatro en el distrito de Jesús María – Lima - Perú, se encuentran en proceso de divorcio. Refiere que con fecha dos de enero de dos mil once, tras un incidente en el domicilio conyugal del cual la madre fue víctima, el padre ██████████ salió de España hacia el Perú con sus dos menores hijos, siendo que con fecha seis de enero de dos mil once, la señora viaja al Perú con el objetivo de recuperar a sus hijos, encontrándose los niños y el padre en casa de los abuelos paternos, negándoles el padre la autorización de la salida del país de los niños lo que motivó que la madre regrese sola a España. Indica que con fecha veintiséis de enero de dos mil once, el padre de los niños regresa a España presentándose en el domicilio conyugal, mientras su aún esposa se encontraba haciendo una mudanza, dado que bajo las circunstancias en las que se encontraba no podía afrontar los gastos de aquella casa, amenaza a la señora con no dejarla volver a ver a sus hijos y expresa su intención de abandonar España con el objetivo de eludir la justicia de dicho país, hechos que fueron denunciados el veintisiete de enero de dos mil once por la parte afectada. Con fecha treinta de enero de dos mil once, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucciones de Torrejón de Ardoz dictó un auto con las siguientes medidas de carácter civil: patria potestad compartida así como guarda y custodia igualmente compartida, prohibiéndosele además abandonar España al señor ██████████ requiriéndosele la entrega del pasaporte, y advirtiéndosele que el quebrantamiento de dichas medidas podían dar lugar a un delito. Que con fecha nueve de febrero de dos mil once, la señora ██████████ viene nuevamente al Perú a recoger a sus menores hijos conforme al auto del Tribunal de Torrejón, sin embargo recibe al igual que en la anterior ocasión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

evasivas y negativas de parte de los abuelos paternos no pudiendo cumplir con lo estipulado en el auto del tribunal, frente a ello se denunció el hecho ante la Comisaría de San Martín de Porres. Igualmente la señora cursó carta notarial a los abuelos paternos exigiendo la entrega de sus menores hijos, no recibiendo ninguna respuesta. Con fecha cinco de abril de dos mil once, la entidad demandante recibe de la autoridad central de España la solicitud de restitución de los niños, a través del cual se les pide accionar conforme a lo establecido en el artículo 7 del Convenio de la Haya de mil novecientos ochenta, con el objetivo de conseguir la restitución de los mismos a su país de residencia habitual España.

3.2.- Que, el demandado [REDACTED], mediante escrito del 08 de julio de dos mil once (fojas 185), contestó la demanda, en la que: Alega que en ningún momento salió de España en forma inconsulta, sino por el contrario fue por la propia voluntad de la demandante porque ésta le manifestó que quería hacer su vida con su nueva pareja. Que se vio obligado a traer a sus hijos porque la accionante tenía una conducta deshonrosa, toda vez que llevaba a sus hijos a la casa de su amante, y que es mentira que ella se encontrara haciendo una mudanza de su domicilio conyugal en España, por cuanto no podía afrontar los gastos de la casa, ya que en ningún momento la ha abandonado económicamente y que más bien ella no ha contribuido al mantenimiento del hogar porque siempre se pasaba los días y las noches durmiendo mientras él laboraba en más de tres centros de trabajo. Sostiene que la accionante en ningún momento hace referencia que la separación de hecho y la tenencia compartida que ostentan ambos se debe a su conducta deshonrosa, por cuanto, con el mayor descaro le precisó que tenía un amante y que inclusive a sus menores hijos los llevaba a la casa de su nueva pareja. Refiere que sus señores padres no tienen nada que ver con sus problemas conyugales, sin embargo, se formuló recurso de habeas corpus contra ellos; ante tales hechos y en resguardo de la integridad física y psicológica de sus menores hijos se vio obligado a formular demanda

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

sobre tenencia de menor, acción contenciosa que conoce el Segundo Juzgado Mixto de Condevilla, expediente número 0029-2011. Señala que debe considerarse que su esposa y el demandado tienen la tenencia compartida y que su persona no ha negado ni niega compartir con la señora [REDACTED] la tenencia y la patria potestad de sus menores hijos, lo único que desea es que sus menores hijos vivan en paz, en amor y tengan la misma oportunidad de otros niños.

3.3.- Que, mediante resolución número doce, del veinticuatro de junio de dos mil once (fojas 350), se se declaró: saneado el proceso por existir una relación jurídica procesal válida entre las partes. Luego, se fijaron como puntos controvertidos: 1) Determinar si [REDACTED] ha retenido ilícitamente a sus hijos en el Perú. 2) Determinar cuál es el lugar de residencia habitual de los niños. 3) Determinar si se encuentran presentes algunos de los supuestos previstos en el artículo 13 de La Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores. 4) Determinar si los niños se encuentran integrados en el ambiente en que viven encontrándose en la actualidad.

3.4.- Que, la sentencia de Primera Instancia, contenida en la resolución número 83, del cinco de julio de dos mil doce (fojas 1434), declaró: infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad. Pues la Juez consideró que: no se ha dado un traslado, ni mucho menos una retención ilegítima con afectación del derecho de custodia legal alguno, más aún si se tiene en consideración que las resoluciones emitidas por la judicatura española han sido en fecha posterior al ingreso al país de los niños [REDACTED] y [REDACTED]. La sentencia señala que tratándose de hijos matrimoniales con ambos padres presentes, la patria potestad y custodia de los niños, bajo los términos de La Convención, corresponde a ambos progenitores, al no haberse demostrado que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

existe una orden judicial de custodia legal o física exclusiva otorgada a la madre en fecha anterior al traslado de los niños al Perú. Agrega que los niños [REDACTED] y [REDACTED] se han integrado al ambiente en el cual vienen desarrollándose. Respecto al supuesto de la excepción del artículo 13, literal b), de La Convención, referido al caso en que la restitución de menor implique para él o ella un grave riesgo de ser expuesto a un peligro grave, físico o psíquico, o lo coloque en una situación intolerable debe interpretarse necesariamente de manera restrictiva por ser el interés primordial del niño, en atención a La Convención, su restitución al lugar de su residencia habitual. En esa perspectiva, estima que se le ocasionaría grave daño a los menores porque se desenvuelven actualmente en un ambiente que les brinda una adecuada calidad de vida adaptada al entorno familiar paterno, contando con las atenciones propias de su edad, encontrándose cursando sus estudios escolares en forma satisfactoria, conforme a los informes académicos obrantes en autos.

3.5.- Que, la demandante [REDACTED] interpuso recurso de apelación (fojas 1464), contra la referida sentencia de primera instancia, y alega que existe error en el considerando tercero, por cuanto el veintiséis de enero de dos mil once, [REDACTED] regresó solo a España sin sus menores hijos. Señala que no se ha precisado que el padre de sus menores hijos otorgó y firmó ante el Consulado de Perú en Madrid, una autorización de viaje de menores, de fecha ocho de febrero de dos mil once, con la cual se le permitía viajar con sus hijos de Perú a España.

3.6.- Que, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de Autoridad Central Peruana, interpuso recurso de apelación (fojas 1488), contra la referida sentencia de primera instancia, y aduce que la sentencia no se encuentra debidamente fundamentada y hay falta de valoración de medios probatorios:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

reiterando los agravios denunciados por la apelante Giannina Milagros Escalante Matos.

3.7.- Que, la **sentencia de Segunda Instancia**, contenida en la resolución número 139, del catorce de noviembre del dos mil doce (fojas 1637), confirmó la sentencia apelada, comprendida en la resolución número 83, del cinco de julio de dos mil doce (fojas 1434), **que declaró infundada la solicitud de restitución internacional de menor de edad**. Pues los Jueces Superiores evaluaron que se encuentra acreditado que no existe retención ilícita por parte del demandado [REDACTED] al haber quedado establecido con la calidad de cosa juzgada la existencia material del ejercicio de una custodia de hecho por parte de los abuelos paternos, debiendo consecuentemente este derecho de cuidado, tutela y/o custodia de hecho de los menores [REDACTED] ser materia de discusión en la vía jurisdiccional correspondiente. La Sala Superior señala que la vía de restitución de menor no resulta la idónea para resolver dichas incidencias, de ahí que lo alegado por la apelante en el sentido de que se ha afectado su derecho de custodia, debe desestimarse, en razón a que dicha pretensión (derecho de custodia) será materia de otro proceso judicial. Con respecto al lugar de residencia habitual, el más frecuente es el ubicado en la ciudad de Lima, Perú, máxime si la apelante con fecha ocho de marzo de dos mil once ha señalado tener domicilio diferente al que considera como residencia habitual, no pudiendo considerarse la dirección española como la de su domicilio habitual, por cuanto ya no les pertenece y por tanto dista de ser la mejor decisión, atendiendo al principio de interés superior del niño. Añade que en todo caso se encuentra acreditado que [REDACTED] había consentido o aceptado el traslado de sus menores hijos encontrándose acreditado por tanto la presencia del supuesto recogido en el literal a) del artículo 13 del citado Convenio. Indica que considerando que la restitución solicitada importaría la residencia de los menores en lugar diferente al que tenían al momento de su traslado, se puede

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

concluir que la restitución solicitada podría ponerles en una situación intolerable, pues trae consigo el desprendimiento familiar del que gozan en la actualidad. Por último se considera que los niños se encuentran integrados en la actualidad, en su medio familiar y social.

4.- CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, al momento de calificar los recursos de casación se ha declarado la procedencia por la causal de infracción normativa por vicios *in iudicando* e *in procedendo* como fundamentación de las denuncias y, ahora, al atender sus efectos, es menester realizar, previamente, el estudio y análisis de la segunda causal (referida a infracciones procesales, de acuerdo al orden mencionado en la presente resolución y conforme al recurso interpuesto), dado los alcances de la decisión, pues en caso de ampararse la misma, esto es, si se declara fundada la Casación por la referida causal, deberá reenviarse el proceso a la instancia de origen para que proceda conforme a lo resuelto, dejando sin objeto pronunciarse respecto a la causal de infracción normativa de normas materiales.

SEGUNDO.- Que, existe infracción normativa cuando la resolución impugnada padece de anomalía, exceso, error o vicio de derecho en el razonamiento judicial decisorio, en el que incurrió el juzgador, perjudicial para la resolución de la controversia y nocivo para el sistema jurídico, que se debe subsanar mediante las funciones del recurso de casación; en función a la **materia controvertida** sobre las denuncias efectuadas es menester analizar los temas de la motivación de las resoluciones judiciales, la valoración probatoria, la residencia habitual, traslado ilícito, retención ilícita y la excepción prevista por el artículo 13 del referido Convenio, para determinar si se ha infringido el mencionado Convenio.

TERCERO.- Que, respecto a la procedencia del recurso de casación por la causal contenida en el acápite A) sobre: ***infracción normativa de los artículos 139 – inciso 5- de la Constitución Política del Perú; I, III, IX del Título Preliminar,***

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

122 –inciso 3-, 171, 197 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues alega que la Sala Superior no ha aplicado debidamente la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que la tutela jurisdiccional efectiva no se ha cumplido por las instancias de mérito, al haberse transgredido el derecho de defensa ya que no se han configurado ninguno de los medios probatorios aportados, menos aun, los principios que consideran la protección de los intereses de los menores de edad, señala que solo se han considerado las pruebas del demandado, más no las aportadas por la recurrente; aduce que, el domicilio habitual que indicó la señora [REDACTED] como suyo y de su familia al ingresar al país es en Cobeña – Madrid – España y que las manifestaciones de los hermanos [REDACTED] que quieren vivir con su padre en Lima en concatenación imperativa con el principio supranacional del derecho del menor de edad, aunado al hecho de haberse determinado que el demandado actuó de manera violenta en contra de la señora [REDACTED], lo cual se prueba con el proceso de violencia familiar iniciado en el Juzgado de Torrejón de Ardoz, razón por la cual no se ha efectuado una valoración conjunta de los medios probatorios en los términos que prevé la norma denunciada, lo cual trasgrediéndose el principio de motivación, ya que substancialmente se requiere la verificación concreta e inequívoca de la no valoración de medios probatorios que generan una vulneración al debido proceso; agrega que la Sala incurrió en error al analizar la sentencia de habeas corpus que fue declarada infundada, sentencia que no se ajusta a los hechos por lo que no se interpuso contra la misma el recurso de apelación, al no ser la vía correspondiente, sino la actual restitución internacional de menor, al haber interpuesto la denuncia policial el 03 de enero de 2011 en la Comisaría del aeropuerto de Barajas en Madrid, y las denuncias en los juzgados españoles con anterioridad al proceso de habeas corpus, por la desesperación de la madre de cumplir con lo pactado y ordenado por el Juzgado de Torrejón de Ardoz - Madrid, cuyo plazo que otorgó vencia el 18 de febrero de 2011, para recoger a sus

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN Nº 893 – 2013
LIMA NORTE

menores hijos en Perú (con los documentos que el progenitor había firmado) y llevarlos a España para presentarlos ante el referido juzgado, por ello la restitución internacional de los niños a España, al ser la vía correcta cuando se trata de casos de sustracción de menores de edad; precisa que esta acreditado que el progenitor el 03 de enero de 2001 trasladó de forma ilícita a los menores, pese a un acuerdo judicial entre ambos progenitores en España, incluso el referido progenitor el 17 de febrero de 2011 salió de España a pesar de las disposiciones efectuadas por las autoridades judiciales y policiales, motivo por el cual se encuentra en un proceso de extradición.

CUARTO.- Que, al subsumir las denuncias precedentes se debe tener presente que estas posibilitan por su carácter procesal, precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia recaída en el expediente número 00728-2008-HC -del trece de octubre de dos mil ocho, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el veintitrés de octubre de dos mil ocho- que: "(...) *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 sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustente la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.*"; en igual sentido en el expediente número 01412-2007-PA/TC -del once de febrero de dos mil nueve, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el siete de abril de dos mil nueve- señala: "(...) 8. Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional en abundante y sostenida jurisprudencia el **debido proceso** está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se alberga los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos. (...)".

QUINTO.- Que, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento del debido proceso y, además, se ha considerado como principio y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el inciso 5. del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, norma constitucional que ha sido recogida en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inciso 6 del artículo 50 e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil; y, cuya contravención origina la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas procesales señaladas.

SEXTO.- Que, asimismo, la motivación de las resoluciones cumple esencialmente dos funciones: *endoprocesal* y *extraprocesal*. La primera, tiene lugar al interior del proceso, respecto de las partes, terceros legitimados y de los propios órganos jurisdiccionales, y comprende las siguientes precisiones: I) Tiene por función específica convencer y persuadir a las partes de la razonabilidad de los argumentos y la justicia de la decisión adoptada, tratando de eliminar la sensación que pudieran tener las partes sobre la presunta arbitrariedad o irracionalidad de la decisión judicial; II) permite la viabilidad y efectividad de los recursos impugnatorios, haciendo posible su análisis crítico y expresión de errores de hecho y de derecho, así como agravios, vía apelación o casación; y, III) permite el control del órgano jurisdiccional superior, quien deberá establecer si se han cumplido las normas imperativas que garantizan el derecho a un debido proceso, y particularmente, con el deber constitucional de la motivación adecuada y suficiente, al verificar la razonabilidad de los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión. La segunda función *-extraprocesal-*, tiene lugar en el ámbito externo del proceso y está dirigida al control del comportamiento funcional de los órganos jurisdiccionales, y se expresa de las siguientes formas: 1) Haciendo accesible el control de la opinión pública sobre la función jurisdiccional, a través del principio de publicidad de los procesos, conforme al postulado contenido en el inciso 20, del artículo 139, de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que toda persona tiene derecho a formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de Ley, y, 2) expresa la vinculación del Juez independiente a la Constitución y a la Ley,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

derivándose responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por el ejercicio irregular o arbitrario de su función.

SÉTIMO.- Que, al subsumir la denuncia referida a la infracción normativa del acápite A), vertida por la casacionista se verifica que carece de base real por cuanto en la sentencia de vista (*resumida en el párrafo 3.7 de los Antecedentes de la presente Ejecutoria*) no se verifica la concurrencia de vicios insubsanables que afecten el debido proceso, en tanto, la recurrida contiene una motivación precisa y sustentada en base a los hechos materia de probanza fijados en los *–puntos controvertidos–* (fojas 350), toda vez que se absolvió las posiciones y contraposiciones asumidas por las partes de la litis durante el desarrollo del proceso, en el que los Jueces utilizaron su apreciación razonada, en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. En tal sentido, se verifica que la decisión *–resolutiva–* adoptada en la sentencia de mérito, si cumple con garantizar el derecho al debido proceso ya que contiene una motivación adecuada, coherente y suficiente, pues, es una decisión que se sustenta en la evaluación, valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados por las partes al proceso y la presunción de la rebeldía procesal; señala de forma precisa las normas aplicables, para determinar la decisión recaída sobre el petitorio, es decir, ofrece una justificación fáctica y jurídica de la decisión, que ha resuelto la controversia, y permitió que el derecho actúe en defensa de la justicia; por lo que no se ha incurrido en infracción de las normas alegadas que afecte la tramitación del proceso y/o los actos procesales que lo componen.

SEXTO.- Que, respecto a esta denuncia, existe una posición unánime tanto por la Fiscal Suprema en lo Civil, como por los cinco Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente, al señalar que no se verifica la infracción de las normas procesales denunciadas, pues específicamente la sentencia de vista resolvió el conflicto de intereses planteado ante el órgano jurisdiccional al establecer con claridad y precisión que: 1) En cuanto al traslado ilícito del menor: Se estableció

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

como premisa normativa que los efectos de la cosa juzgada hacen inmutable las resoluciones judiciales, conforme lo señalan los artículos 6 del Código Procesal Constitucional y 123 del Código Procesal Civil. Como premisa fáctica se precisó que se inició proceso de habeas corpus contra los padres del demandado (abuelos de los menores), el mismo que concluyó señalando que no ha existido **retención ilegal de menores y menos secuestro alguno**. Como correlato a esas premisas, la Sala Superior llega a la **conclusión que no existe retención ilícita alguna**. 2) En cuanto a la residencia habitual, se estableció como premisa normativa el artículo 3.1. de La Convención sobre Derechos del Niño. Como premisa fáctica se mencionó que la demandante no tiene residencia permanente, que los niños han nacido en el Perú y que han permanecido más tiempo en el país. La conclusión a la que arribó la Sala Superior es que la residencia habitual de los menores se encuentra en esta ciudad y conviene a sus intereses permanecer en ella. 3) En lo referente a la oposición a la restitución y a la integración de los menores al ambiente en que viven. Se estableció como premisa normativa el artículo 13 del Convenio Internacional de La Haya que establece las excepciones para la restitución. Como premisa fáctica se mencionó que los Informes Psicológicos señalaban que los menores se habían adaptado al seno familiar que los acoge y que los Informes Escolares así también lo acreditaban. La Sala Superior concluyó que se dan los supuestos de excepción para que no opere la restitución de los menores. Por lo que este extremo del recurso de casación resulta infundado.

NOVENO.- Que, al haber sido declarada infundada la infracción normativa procesal; ahora pasemos a ver la procedencia del recurso de casación por las causales contenidas en los acápites B), C) y D), sobre: B) *infracción normativa de los artículos 3 –inciso a)- y 4 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980*, pues la Sala Superior de forma equivocada concluyó que la residencia habitual de los menores se encuentra en Lima – Perú, por tener erradamente como referencia desde la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

fecha y lugar de nacimiento de los hermanos [REDACTED] y que la mayor parte de su existencia se desarrolló en el Perú; que el error es claro dado que en el inciso a) del artículo 3 de la referida Convención dice: "Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente a una persona (...), con arreglo al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención" esto es, que su residencia habitual antes de su traslado ilegal de los menores fue en Madrid – España, y que desde el inicio del proceso está acreditado con los medios probatorios como los certificados de escolaridad del colegio Norfolk – Cobeña – Madrid, el Padrón Municipal de habitantes de la comunidad de Madrid – Certificado de Inscripción Padronal en Madrid de la familia [REDACTED], que el último domicilio conyugal y la residencia habitual de los niños fue España, donde ya se encontraban habituados e integrados social y culturalmente dado que fue su primera escuela infantil y de enseñanza obligatoria en España, antes de que el demandado trasladara ilícitamente a los niños al Perú, sin el consentimiento de la madre; precisa que los magistrados han tergiversado la definición de "residencia habitual" establecida en la Convención aludida, puesto que no se puede acreditar que los hermanos [REDACTED] y ambos progenitores vivían en el domicilio de Perú, donde actualmente se encuentran los menores (en San Martín de Porres), debido a que en las partidas de nacimiento y DNI de los menores figura como dirección la casa de los abuelos maternos en Lince, donde también ha estado viviendo la familia [REDACTED]. C) *infracción normativa de los artículos 12 y 13 -literal b)- del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980*, pues la Sala Superior ha incurrido en error al interpretar en sentido distinto las excepciones de las referidas normas, excepciones que deben interpretarse en forma restringida, ni se han acreditado durante el proceso, más aún si no consta medio de prueba que pruebe que existe un grave riesgo en que la restitución de los niños los exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera coloque a los

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

menores en una situación intolerable, e incluso las evaluaciones psicológica y social practicadas a los niños demuestra que no se encuentran afectados psicológicamente, pues el retorno de los niños a España no conlleva a una decisión sobre tenencia o custodia a favor de la madre en este proceso, estando restringido a reponer el estado de cosas al que correspondía en el momento de la retención ilícita y permitir que sean las autoridades españolas las que puedan adoptar las decisiones provisionales y definitivas favorables a los niños a que haya lugar, así la recurrente concluye que no se configura la causa de excepción del inciso b) del artículo 13 de la referida Convención, y aduce que el hecho que los niños se hayan integrado a su actual entorno familiar y social no es un sustento justificable para alejarnos del espíritu de la Convención aludida, debido a que no es una causal establecida que la sustracción de un menor de edad se apruebe si éste después de un tiempo prolongado se ha adaptado a su nuevo entorno (como lo haría cualquier niño de 6 y 5 años de edad), asimismo resalta que la finalidad primordial de la mencionada Convención es el "interés superior del niño" que consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual; y, D) *infracción normativa de los artículos 1, 3, 4, 5 y 14 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción de Menores del 25 de octubre de 1980*, pues la Sala Superior habría –interpretado erróneamente– las normas denunciadas de la Convención en su conjunto, pues el objeto de la referida Convención es asegurar la restitución inmediata de los menores de edad trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los países contratantes y que los derechos de custodia y visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás Estados contratantes, es decir, tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca, y la interposición de este recurso no es para una revaloración probatoria, sino que se brinde una adecuada interpretación a la mencionada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

Convención, dado que la Sala Superior no ha valorado el motivo principal de la demanda, el hecho de la retención ilegal que cometió el demandado al no cumplir con retornar a los niños (como se había acordado judicialmente ante el juzgado español el 31 de enero de 2011) y luego a partir de ello, hacer una autorización de viaje de menores en el Consulado del Perú en España (el 08 de febrero de 2011), entregándose a la madre para que los recoja en Perú, en la casa de los abuelos paternos, con el fin de retornar a España y llevar a cabo lo pactado judicialmente por los progenitores, en ese sentido la Sala no tuvo en cuenta los medios probatorios del proceso que acreditan que el lugar de residencia habitual de los niños es España, entendiéndose este como un concepto de puro hecho, referido a aquel lugar en el que, inmediatamente antes de su traslado al país requerido, los menores de edad tenían establecido su centro de vida, sus relaciones inmediatas, estudios; agrega que al momento de traslado de los niños al Perú la custodia la ejercían conjuntamente la madre y el padre, y este último no le hizo conocer a la demandante su intención de quedarse a residir con sus hijos en Perú, por lo que el demandado ha infringido el derecho de la patria potestad de la demandante al permanecer en el país con sus hijos sin tener la autorización de la madre, lo que configura la retención ilícita de los niños con afectación del derecho de custodia. Se precisa, que las referidas denuncias de los acápite B), C) y D) como puede verificarse, contienen elementos que las vinculan entre sí, lo que permite emitir un pronunciamiento en conjunto.

DÉCIMO.- Que, a efecto de resolver las denuncias precedentes, se debe tener presente las disposiciones de las normas denunciadas: el *Artículo 1 La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. Artículo 3 El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. **Artículo 4** El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años. **Artículo 5** A los efectos del presente Convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. **Artículo 12** Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor. **Artículo 13** No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor. Artículo 14 Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrá tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

UNDÉCIMO.- Que, en primer término se debe marcar distancia con el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez Vera, pues este es recogido en los fundamentos expuestos por los Jueces que efectúan el voto en mayoría; ya que en primer lugar no se puede formar convicción a partir del referido informe que no forma parte del presente proceso, toda vez que se debe generar convicción de los medios probatorios y actuados que sí forman parte del presente proceso. Segundo que el informe aludido no fue materia de debate ni controversia en este proceso además ni siquiera se encuentra adjuntado en copia en el expediente, se trata de un informe de una académica que se puede ver por Internet, no es profesora ni psicóloga de ninguno de los niños. Tercero, sobre el mencionado informe las partes no se han pronunciado, es decir, lo desconocen totalmente, lo que vulnera su derecho de defensa.

DUODÉCIMO.- Que, respecto al artículo 3 (*Artículo 3 El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

de los menores, conforme también está demostrado por las instancia de merito que decidieron en el presente proceso de restitución de menores, que es la vía jurisdiccional correspondiente (foja 167).

DÉCIMO CUARTO.- Que, en cuanto a la denuncia del artículo 4 (*Artículo 4. El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años*) las instancias de merito han establecido que la **residencia habitual** de los menores se encuentra en el Perú, en razón a que nacieron en suelo patrio, posteriormente, estuvieron en España sólo un año y cinco meses y retornaron al país. A lo cual se suma el factor, determinante, que la madre demandante ya no vive en calle [REDACTED] [REDACTED] Cobeña, Madrid, España, sino en el Municipio de Seseña, Toledo, España. Es decir, los menores se habrían quedado sin residencia habitual y estarían en desamparo. Toda vez que para determinar la **residencia habitual** de los menores deben considerarse y valorarse los factores como el lugar de nacimiento, la seguridad y protección para los menores que redunden en proteger el interés superior de los menores, en razón que la función del presente proceso no es establecer la vieja o nueva residencia habitual, sino, sobre todo por el interés superior de los menores, verificar si alguna de ellas (la nueva o vieja residencia habitual) atienden lo que comprende y protege la "*residencia habitual*", para cuyo efecto se debe precisar cuidadosamente que los menores, conjuntamente con su familia (padre y madre) tuvieron una residencia habitual, pues el domicilio de los menores, en esos entonces, estuvo en calle [REDACTED] [REDACTED] Cobeña, Madrid, España, adonde fueron el uno de agosto de dos mil nueve. *resáltese*: por manifestación conjunta de los padres (ver demanda y declaración de parte del demandado, los Certificados de Escolaridad y el Padrón Municipal de Habitantes de la Comunidad de Madrid, fojas fojas 866, 56 – 57 y 62). Esa fue, la residencia habitual que tuvieron los menores, pero la misma ya no existe en el sentido material ni afectivo que exige el interés superior de los menores. por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.) la Sala Superior determinó que **no hubo trasladado ilícito de los menores** toda vez que en el proceso de habeas corpus se estableció que mediante la comunicación entre los abuelos de los menores, ocurrida el **ocho de febrero de dos mil doce**, esto es, la efectuada por el padre de la madre de los menores (demandante) al padre del demandado, a través de la cual puso en conocimiento de donde estaban los niños (*"Hola [redacted], sabes mañana llega [redacted] (la demandante). Pasaremos por los bebés (los menores) a las siete de la noche gracias. Pepe"*; fojas 160 del proceso de habeas corpus). Lo que guarda relación y se corrobora con la declaración de [redacted] de haber venido con sus hijos al Perú con permiso verbal de la madre (fojas 866). A lo cual se debe sumar que el padre suscribió la respectiva Autorización de Viaje, por lo que la madre (demandante) tuvo conocimiento de dónde y con quién estaban sus hijos. Por tal razón se colige un permiso verbal de la madre, que ahora recién, resulta contrapuesto a la denuncia por la salida del demandado de España el diecisiete de febrero de dos mil once, que ha originado en su contra un proceso de extradición, y al proceso de tenencia interpuesto por el demandado el diecinueve de enero de dos mil once.

DÉCIMO TERCERO.- Que, en concordancia con el anterior fundamento es acertada la posición sustentada en la sentencia expedida en el proceso constitucional de habeas corpus que tiene la calidad de **cosa juzgada** por medio de la cual se ha establecido la existencia de un "cuidado de hecho" por parte de los abuelos paternos de los menores sustraídos que evidencia que **no existe retención ilegal de los menores**, toda vez que en ambos procesos (habeas corpus y el presente proceso) **se ha defendido el principio del interés superior del niño, es decir, de los menores y sus vínculos familiares**; asimismo en el proceso de habeas corpus no se estableció la vulneración de los derechos fundamentales de los menores, al verificarse que no se configura el traslado ilícito

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

la razón del nuevo domicilio y circunstancias de la madre (lo cual implica nuevos reajustes desventajosos para los menores), pues los nuevos hechos, situaciones y condiciones, como la destrucción del hogar familiar, recursos económicos distintos, dejan sin base real la residencia que tuvieron los menores, lo cual los expone a circunstancias riesgosas y traumatizantes.

DÉCIMO QUINTO.- Que, en cuanto al artículo 13 (*Artículo 13 No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.*) es decir, sobre la excepción prevista por el inciso b) del artículo 13 aludido, esto es la existencia de un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un peligro grave físico o psíquico o que cualquier otra cosa manera ponga a los menores en una situación intolerable. Al respecto el demandado al contestar la demanda señaló que sus hijos corren peligro al lado de su progenitora toda vez que aquella inició una nueva relación de pareja; pero que es el caso, que respecto a tales afirmaciones el demandado habría presentado un informe (*de un investigador privado que conforme a las normas españolas, es factible, incluso al atender al hecho que la demandante se encuentra en España; pero más allá de tal situación, es normal que los cónyuges que se separen tengan derecho a rehacer su vida, y ello es una situación normal, lo interesante es determinar cómo y en qué medida estas nuevas circunstancias*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

afectarán a los menores, y ver tanto los padres, como el órgano jurisdiccional al que recurrieron el interés superior de los menores). es así que por las razones expuestas y bajo la tutela del principio del interés superior de los menores, es atendible valorar que los referidos menores actualmente se encuentran integrados al ambiente donde se les brinda y hallan seguridad y bienestar, lo cual se acredita con los certificados escolares e informes psicológicos; y, su extracción o restitución los pondría en un entorno intolerable que los expondría a grave peligro psíquico, pues los informes psicológicos señalan, en lo medular, que la madre biológica no se encuentra dentro del esquema familiar, lo está en las verbalizaciones (ver Informe Psicológico número 609-12-PSI-CSJCNL-PJ e Informe Psicológico número 510-12-PSI-CSJCNL-PJ, de fojas 423 y 426); situaciones que revelan que de proceder la restitución se expondría en peligro la integridad psíquica de los menores, lo que claramente vulnera el interés superior de los menores; por ello es atendible su permanencia en el país, donde cautelan y protegen su seguridad y bienestar los familiares (padre, abuelos paternos y maternos) que los rodean; lo contrario, la restitución, es un hecho de eminente de peligro psicológico, dada la corta edad de los menores y (en la actualidad de 08 y 07 años de edad, respectivamente), por ello la integración con el padre y la familia paterna resulta considerable y respetable, toda vez que los menores antes de su reagrupación familiar al lado de sus padres en España, estuvieron viviendo en el Perú en compañía de sus abuelos paternos, lo que justifica la efectiva presencia de vínculos afectivos cercanos y favorable al desarrollo de los menores, más aun hoy que esta respaldados por el propio padre; motivos y razones suficientes por las cuales esta Sala Suprema comparte, que las instancia de merito hayan acreditado la excepción prevista por el inciso b) del artículo 13 de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. Por lo que las denuncias resultan infundadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 893 – 2013
LIMA NORTE

DÉCIMO SEXTO.- Que, en tal contexto fáctico y jurídico, al no configurarse el motivo de la infracción normativa, el recurso de casación debe ser desestimado en todos sus extremos y procederse conforme a lo dispuesto en el artículos 397 del Código Procesal Civil.

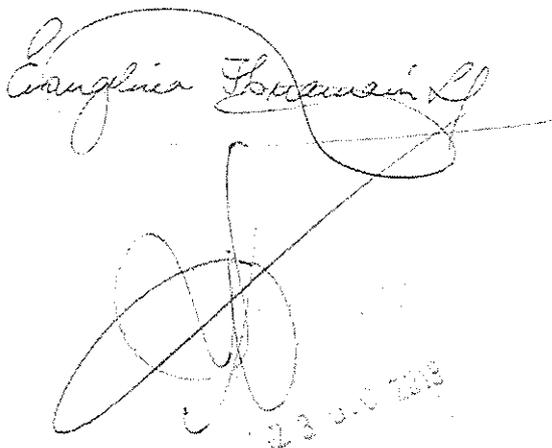
5.- DECISIÓN:

Por estos fundamentos, MI VOTO es por que se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables**, a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de Autoridad Central Peruana (fojas 1763 del cuaderno de casación), **NO CASAR** la sentencia de segunda instancia, contenida en la resolución número 139 (fojas 1687), del 14 de noviembre de dos mil doce, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte: **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por el **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables**, a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, en su calidad de Autoridad Central Peruana contra **[REDACTED]**, sobre restitución de menor; y los devolvieron.-

SS.

HUAMANÍ LLAMAS

PPA/MGA



Evangelina Torrealba

23 0.0 2013

17