



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
CIVIL N° 16442-2011-0-1801-JR-FC-16**



**PRESENTADO POR
LUIS ANTHONY SANCHEZ ESTRADA**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ
2022**

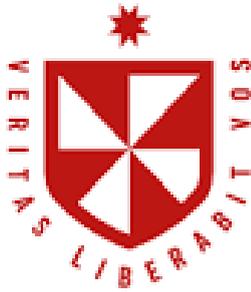


CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente

N° 16442-2011-0-1801-JR-FC-16

<u>Materia</u>	:	Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes conforme al convenio de la Haya.
<u>Entidad</u>	:	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.
<u>Bachiller</u>	:	Luis Anthony Sanchez Estrada
<u>Código</u>	:	2014112887

LIMA – PERÚ

2022

El presente informe legal fue desarrollado tras realizar un análisis del proceso recaído en el Expediente Civil N° 16442-2011-0-1801-JR-FC-16, por la presunta sustracción ilegal de la niña E.N.S.Z en los seguidos en contra de E.M.Z.O, madre de la niña y en agravio de C.A.S, padre de la niña.

En consecuencia, se advirtieron problemas cuya relevancia jurídica compete al sistema de administración de justicia, toda vez que comprende mecanismos de cooperación internacional regulados mediante convenios internacionales adheridos, ratificados e integrados al ordenamiento jurídico peruano, lo cual genera la permanente disyuntiva entre, la eficacia de la aplicación del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o la salvaguarda de derechos y garantías del proceso, lo cual será materia de análisis.

En atención a las observaciones encontradas al trámite del expediente se formó opiniones y recomendaciones; tras analizar las decisiones judiciales, sus motivaciones, los requisitos, las defensas, el proceso aplicable; así como, la eficacia y/o eficiencia de los convenios con relación a la sustracción ilegal de niños, niñas y adolescentes, siendo piedra angular la afinidad al principio del “Interés Superior del Niño”.

NOMBRE DEL TRABAJO

SANCHEZ ESTRADA.docx

RECuento DE PALABRAS

8776 Words

RECuento DE CARACTERES

45677 Characters

RECuento DE PÁGINAS

30 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

94.6KB

FECHA DE ENTREGA

Nov 10, 2022 9:16 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

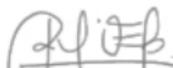
Nov 10, 2022 9:22 AM GMT-5**● 15% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base

- 14% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 13% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Augusto Renzo Espinoza Bonifaz
Asistente del Instituto de Investigación
Facultad de Derecho USMP

ÍNDICE

1. RELACIÓN DE HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO	1
1.1. Hechos que motivaron la demanda	1
1.2. Admisión de la demanda	2
1.3. Contestación de la demanda.....	3
1.4. Defensas previas.....	4
1.5. Decisión sobre las Defensas previas	5
1.6. Descargos adicionales y Dictamen	5
1.7. Sentencia	7
1.8. Apelación de la sentencia.....	8
1.9. Decisión de la Corte Superior de Justicia de Lima	9
1.10. Recurso Extraordinario de Casación	11
1.11. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Republica	13
2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	13
2.1. Determinación de la residencia habitual de la niña.....	14
2.2. Supuestos de riesgo en caso de restitución	15
2.3. Sobre las defensas previas	17
3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	18
3.1. Posición fundamentada sobre las Resoluciones emitidas	18
3.1.1. Sentencia	18
3.1.2. Decisión de segunda instancia	19
3.1.3. Casación.....	20
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	21
5. BIBLIOGRAFÍA	22

6. ANEXOS	30
------------------------	-----------

1. RELACIÓN DE HECHOS PRINCIPALES EXPUESTO POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO:

1.1. Hechos que motivaron la demanda:

Conforme la Solicitud del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (anexo 01) y la Querrela de Custodia presentada al Juzgado General de Justicia del Estado de Carolina del Norte (anexo 02); el 26 de agosto de 2011, cerca de las 8:30 pm el señor C.A.S, de nacionalidad americana y padre de la niña, regresa a casa después del trabajo y descubre que E.M.Z.O ,peruana de nacimiento y madre de la niña, no se encontraba en el lugar, ni su hija E.N.S.Z nacida el 31 de enero de 2011,(en adelante “la niña”).

El Sr. C.A.S, transcurridas las horas, empieza preocuparse por la demora e indicios extraños como la falta de prendas de su esposa e hija , llamadas al Consulado Peruano en Georgia y a las aerolíneas que figuraban del registro de llamadas; por ello se contactó con el Departamento de Policía del Condado de Wake de Raleigh-Carolina del Norte, donde concluyen con presencia del Magistrado del Condado de Wake que se debe realizar el proceso de custodia de la menor pues la policía ya no podía hacer nada, resaltando la ausencia de respuesta en las llamadas realizadas al número de la madre de la niña, ni de su ubicación por el localizador GPS del teléfono.

Posteriormente, producto de la solicitud, la Oficina de Asuntos Infantiles del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Autoridad Central conforme al Convenio, realiza el 15 de septiembre de 2011 la comunicación a la Dirección Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (anexo 03), quien tomó conocimiento del caso y procedió a solicitar a la requerida la restitución de la niña, aunado a la Orden de Custodia de Emergencia de 30 de agosto de 2011 emitida a favor del Sr. C.A.S por el Estado de Carolina del Norte(anexo 04), a lo cual se presenta la oposición el 13 de diciembre de 2011(anexo 05).

Como resultado, el 28 de diciembre de 2011, la Dirección Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes realiza la demanda de Restitución Internacional de acuerdo con la Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ante el Décimo Sexto Juzgado de Familia del Distrito Judicial de Lima (anexo 06).

1.2. Admisión de la demanda:

En atención a los hechos, el 04 de enero de 2012, el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima dispuso admitir la demanda (anexo 07) interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social en contra de E.M.Z.O, por considerar que en el presente caso se cumplieron los requisitos formales de los artículos 130°,131°,132°,424° y 425°¹ del Código Procesal Civil, así como las exigencias mínimas del artículo 8° de la Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante “Convención”), citándose a su vez al Ministerio Publico y disponiendo el impedimento de salida del país de la niña, materializado mediante el oficio N°16442-2011-0-1801 dirigido al Coronel PNP Jefe de la Policía Judicial en coordinación con la División de Requisitorias de la Policía Nacional del Perú para su registro y cumplimiento.

1.3. Contestación de la demanda:

1 Artículo 424.- Requisitos de la demanda

La demanda se presenta por escrito y contendrá:

- 1.- La designación del Juez ante quien se interpone.
- 2.- El nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria, domicilio procesal del demandante y el domicilio procesal electrónico, constituido por la casilla electrónica asignada por el Poder Judicial de acuerdo con la Ley 30229.
- 3.- El nombre y dirección domiciliaria del representante o apoderado del demandante, si no puede comparecer o no comparece por sí mismo.
- 4.- El nombre y dirección domiciliaria del demandado. Si se ignora esta última, se expresará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado con la presentación de la demanda.
- 5.- El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide.
- 6.- Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.
- 7.- La fundamentación jurídica del petitorio.
- 8.- El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse.
- 9.- El ofrecimiento de todos los medios probatorios.
- 10.- La firma del demandante o de su representante o de su apoderado y la del abogado, la cual no será exigible en los procesos de alimentos y de declaración judicial de paternidad. El secretario respectivo certificará la huella digital del demandante analfabeto.

Artículo 425.- Anexos de la demanda

A la demanda debe acompañarse:

- 1.- Copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante.
- 2.- El documento que contiene el poder de iniciar el proceso, cuando se actúe por apoderado.
- 3.- Los medios probatorios que acrediten la representación legal del demandante, si se trata de personas jurídicas o naturales que no pueden comparecer por sí mismas.
- 4.- Los medios probatorios de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de bienes comunes, albacea o del título con que actúe el demandante, salvo que tal calidad sea materia de un conflicto de interés y en el caso del procurador oficioso.
- 5.- Los documentos probatorios. Si el demandante no dispusiera de algún medio probatorio, describe su contenido, indicando con precisión el lugar donde se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.
- 6.- Copia certificada del acta de conciliación extrajudicial, en los procesos judiciales cuya materia se encuentre sujeta a dicho procedimiento previo.

Con fecha 20 de enero de 2012, la Sra. E.M.Z.O contesta la demanda (anexo 08) y así mismo deduce excepciones por falta de legitimidad para obrar y litis pendencia al siguiente detalle:

- ❖ Sobre la falta de legitimidad para obrar indica que la demanda realizada por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social se realiza en representación del Sr. C.A.S, sin haber acreditado tal representación con el poder respectivo amparado en el artículo 446°, inciso 6 del C.P.C.
- ❖ Sobre la excepción de litis pendencia se indica que las mismas partes siguen un proceso de tenencia ante el Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este (anexo 09), mediante expediente N° 00358-2011-0-1808 interpuesta el 06 de septiembre de 2011 que contó con auto admisorio de fecha 15 de septiembre de 2011, el cual al momento se encontraba pendiente de notificación al demandado.

Por consiguiente, el 20 de enero de 2012 el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima resuelve tener por contestada la demanda y programa la Audiencia Única para el día 10 de abril de 2012 (anexo 10), con conocimiento del Ministerio Público y la Dirección de Niñas Niños Y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES.

Es así como en la audiencia del 10 de abril de 2012, la demandada manifiesta su voluntad de retornar juntamente con su hija a los E.E.U.U., deseando para el caso llegar a un acuerdo conciliatorio con el demandante, por lo cual se reprograma la continuación de la audiencia para el 23 de mayo del 2012 tal como consta en el Acta de Audiencia Única (anexo 11).

Llegada la fecha para la continuación de audiencia, el Juzgado materializa el saneamiento del proceso mediante las Resoluciones N° 05 y N° 06 (anexo 12), precisando que la Resolución N°05 sustenta la existencia de una licencia otorgada por el artículo 23° de la Convención, de conformidad a la RM 206-2002 PROMUDEH que versa sobre la designación de la autoridad central como encargada en este tipo de procesos, por lo cual el juzgado declaró improcedente la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante.

Además, la Resolución N°06 convoca el artículo 16° de la Convención en sentido que, si el demandado ha iniciado un proceso de tenencia, este debe ser paralizado o en su defecto no emitir pronunciamiento hasta quedar

dilucidada la sustracción internacional de la niña; por ello y de conformidad con lo previsto por los artículos 452° y 453 del C.P.C se declara improcedente la excepción de litispendencia; ambas Resoluciones fueron apeladas con plazo de 03 días.

Finalmente se realiza la fijación de puntos controvertidos, que versa en determinar si corresponde la restitución internacional de la niña E.N.S.Z a los E.E.U.U.; se admiten los medios probatorios y de conformidad al artículo 194° del C.P.C y 174° del Código de Niños y Adolescentes a fin de tener mayores elementos de prueba incorporan de oficio la declaración de la demandada.

1.4. Defensas Previas:

Con fecha 24 de mayo de 2012, se instrumentaliza la apelación (anexo 13) de las Resoluciones N° 05 y N° 06 del 23 de mayo de 2012 que declararon improcedentes las excepciones planteadas, conforme al siguiente detalle:

- ❖ Sobre la excepción de representación defectuosa o insuficiente el apelante indica que se incurrió en un error conceptual, puesto que lo planteado fue una excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, amparado en el inciso 6 del artículo 446° del C.P.C y no del inciso 3, siendo así que lo demandantes no han cumplido con acreditar la representación procesal.
- ❖ Sobre la excepción de litis pendencia menciona que no se tomó en consideración lo dispuesto en el artículo 20° de la convención que indica que la restitución podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado.

Así mismo, se invoca un hecho de violencia doméstica, que se expresa en el documento del Departamento de Seguridad Ciudadana y Servicios de Inmigratorios de los Estados Unidos (anexo 14), el cual fue desestimado en base a la reconciliación que tuvieron por el mes de febrero de 2010, esto con la finalidad de que se evalúe el riesgo físico y psicológico al que podría ser expuesta en caso se efectivice la restitución.

Finalmente, mediante Resolución N°08 (anexo 15) el juzgado concede la apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida contra las Resoluciones N°05 y N° 06 (advertimos un error material en las Resoluciones citadas en el auto N° 08), sin embargo, de igual forma se remitió al área de apelaciones a fin de formarse el cuaderno correspondiente y se elevó al

superior jerárquico con la debida nota de atención.

1.5. Decisión sobre las Defensas Previas:

Que, en materia de apelación sobre las Resoluciones N° 05 y 06 de fecha 23 de mayo de 2012, las mismas que declararon improcedente las excepciones deducidas por la parte demandante, el juzgado precisa que:

- ❖ Sobre la excepción de falta de Legitimidad para Obrar, indica que de acuerdo con el artículo 23° de la Convención², no es necesario la legalización; ya que la Dirección de Niñas, Niños Y Adolescentes es el órgano representante en su calidad de Autoridad Central de conformidad con el artículo 7° de la Convención; por tal se confirma dicho extremo.
- ❖ Sobre la excepción de Litispendencia indica que, si bien existe un proceso de tenencia seguido por las partes, no implica razón para anular lo actuado, toda vez que no hay identidad en cuanto al petitorio de las demandas incoadas, es decir, que el proceso de Tenencia tiene como finalidad la custodia del menor mientras en que el proceso de restitución el objetivo es el retorno de la niña al país donde nació.

Por tal razón se confirmaron las Resoluciones N°05 y 06 de fecha 23 de mayo de 2012 (anexo 16).

1.6. Descargos adicionales y Dictamen:

Con fecha 19 de junio de 2012, el Sr. C.A.S presenta sus descargos (anexo 17) en contra de la contestación de demanda, sosteniendo la falsedad de lo contestado, atribuyendo actos de violencia a la demandada, así como falta de cuidado hacia la menor, atendido mediante la Resolución N° 09.

Posteriormente, el 10 de agosto de 2012, la demandada absuelve lo expuesto por el demandante argumentando de la misma forma la falsedad de lo dicho (anexo 18); indicando que, previo al 26 de agosto de 2011, fecha de su salida del país norteamericano, la niña padecía cuadros de anemia de lo que se desprende del certificado médico que adjunta; así mismo indica que el demandante no ha cumplido con sus obligaciones alimentarias aduciendo una carencia de medios económicos.

Por otro lado, el 08 de abril de 2013, la Fiscalía emite dictamen (anexo 19)

² Artículo 23 No se exigirá, en el contexto del presente Convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

opinando se declare fundada la demanda por los siguientes motivos:

- ❖ Que, se ha establecido de autos que efectivamente la niña fue trasladada ilícitamente sin conocimiento, ni autorización del padre quien ostentaba la custodia; pues en evaluación conjunta de los medios probatorios no obra justificación para el traslado unilateral de la niña.
- ❖ Que, se cumplió el plazo establecido por la Convención y dentro de los alcances de este, en concordancia con los artículos 1°, 2° y 4°, respectivamente³.
- ❖ Así mismo, puso en consideración el enfoque del Interés Superior del Niño, pues se debe proceder a lo más favorable para la niña, no entendiéndola como objeto, sino sujeto de derechos con protección especial, razón por la cual los artículos 13° y 20° de la Convención⁴ plasman casos excepcionales.

1.7. Sentencia:

La sentencia del 16 de abril de 2013 (anexo 20) declaró fundado el petitorio

³ 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 2 Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.

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.

⁴ Artículo 13 No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla 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 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 que resulta 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 20 La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

de la demanda y dispuso la restitución inmediata de la niña al país de los E.E.U.U., de preferencia en compañía la madre, bajo los siguientes argumentos:

- ❖ Que, la niña fue sustraída de su residencia habitual, sin autorización de parte del demandante, teniendo adicionalmente a la fecha una orden de custodia de la niña en contra, otorgada por el Estado de Carolina del Norte.
- ❖ Al análisis de los presupuestos jurídicos del artículo 3° de la Convención⁵, se determina que la residencia habitual de la niña efectivamente fue el país de los Estados Unidos de América, pues aun cuando la madre argumente que la niña se encuentra ya adaptada a su medio actual no implica modificación de la residencia habitual de la niña donde se desarrolló inmediatamente antes de su traslado.
- ❖ Que, sobre la sustracción ilícita está acreditado que el traslado de la niña no fue autorizado por el padre de la niña, ni por alguna autoridad competente, obedeciendo a la sola decisión y voluntad de la madre, tanto así que el padre desconocía del viaje o paradero de la niña, lo que implica también una afectación al ejercicio de patria potestad que realizaba el padre al estar conviviendo junto a la niña hasta el traslado ilícito.
- ❖ No es posible considerar la integración al nuevo medio de la niña en atención al artículo 12° punto "1" de la convención, puesto que a la fecha de la interposición de la demanda (29 de diciembre de 2011) y la llegada de la niña al país en el mes de agosto de 2011, habría transcurrido un plazo inferior a un año previsto en la norma citada; asimismo que la demandada no presentó medio probatorio alguno que demuestre responsabilidad del padre en relación a posibles riesgos físicos y psíquicos de la niña.

⁵ 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 en 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. * Se utiliza el término "Convenio" como sinónimo de "Convención". 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.

- ❖ Por último, se desestima la defensa fundada en el apartado b) del artículo 13° de la referida convención (invocado como 13 “a” por la demandada), en razón que el hecho que la niña retorne a los E.E.U.U. no conlleva una decisión sobre tenencia o custodia a favor del padre, estando restringido a reponer el estado de las cosas al que correspondía al momento de la retención ilícita, esto es, permitiendo que la autoridad de la residencia habitual quien sea la que adopte las decisiones pertinentes.

1.8. Apelación de la sentencia:

El 29 de abril de 2013, se presenta la apelación de la sentencia (anexo 21) de conformidad con el artículo 364° del C.P.C, impugnando la resolución y amparándola en tres errores puntuales:

- ❖ Que, con relación a la salida sin previo aviso y sin autorización del demandante, no se tomó en cuenta que tal razonamiento es válido siempre y cuando se trate de hogares donde las relaciones conyugales son normales; es decir en el presente caso donde había una carencia de entendimiento mutuo, aunado al clima de violencia familiar y agresividad del demandante quien decidía a su criterio y voluntad; hacía imposible solicitar autorización.
- ❖ Atendiendo a los presupuestos jurídicos sobre la residencia habitual esta debió concluir el día 28 de agosto de 2011 puesto que por decisión del demandante paso a ser devuelto a los propietarios, en base al emplazamiento que realizo el 22 de agosto de 2011 , indicando que la demandada quedaría sin domicilio y la niña se quedaría en la casa de los abuelos paternos, por lo cual se generó un escenario angustiante, de desamparo y necesidad lo que motivo la comunicación con los padres y su apoyo para el retorno al Perú.
- ❖ Sobre la sustracción ilícita con afectación al derecho de custodia, señala que es el demandante quien el día 22 de agosto de 2011 emplaza a la demandada manifestando que la niña pasaría al poder de los abuelos paternos , y a su vez a tal fecha entregaría el departamento que ocupaban, negándose a dar el dinero para afrontar las necesidades de la demandada , por lo cual solicita el apoyo económico a su familia para el retorno; así como de la embajada Peruana en Georgia, siendo por tal motivo un viaje inusitado y de emergencia.

- ❖ Por último, sobre la aplicación del artículo 13° inciso “b” de la Convención, concretamente la niña tiene dos años con 03 meses de edad a la fecha; es decir, de efectivizarse la restitución se encontraría ante un ambiente nuevo y extraño, con idiomas y costumbres muy distintas, sin la presencia de la figura materna, por lo cual en concordancia con el principio fundamental del interés superior del niño se deberá proceder a lo más favorable para su desarrollo integral creciendo en el seno familiar, cuyo ambiente debe caracterizarse por el amor y la comprensión de sus miembros.

Es así como, con Resolución N° 14 se concede la apelación (anexo 22) por estar en el plazo establecido, y dentro de los alcances de los artículos 365° y 367° de la norma adjetiva, con efecto suspensivo y en contra de la sentencia expedida mediante Resolución N°12 que declara fundada la demanda, elevándose y oficiando al superior jerárquico.

1.9. Decisión de la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima:

El 01 de julio de 2013, la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución N° 01 remite el expediente al señor Fiscal Superior de Familia de Lima, a finde que emita el dictamen correspondiente; así mismo señala fecha de vista de la causa para el 27 de agosto de 2013.

Posteriormente, el 12 de agosto de 2013 la Fiscalía Superior de Familia de Lima emite dictamen (anexo 23) opinando se confirme la sentencia apelada en todos sus extremos por los siguientes motivos:

- ❖ Que, entendiendo que la finalidad de la Convención garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; se debe establecer cuál fue el lugar de residencia, si el traslado fue ilícito, y si existe concurrencia de alguna causal de excepción.
- ❖ Conjuntamente, de lo manifestado por las partes y lo analizado mediante las pruebas actuadas, se infiere razonablemente que el domicilio estuvo ubicado en el Estado de Carolina del Norte; y si bien la demandada refiere que el demandante la iba dejar sin vivienda, esto no fue acreditado objetivamente.
- ❖ Respecto al traslado, efectivamente se ha acreditado lo sucedido el

26 de agosto de 2011; sin permiso o autorización del padre, ni de autoridad competente alguna de los E.E.U.U., que posibilitara la salida al exterior de la niña, configurándose el traslado ilícito; así mismo, no se presentó prueba que acredite riesgo o intención que pueda constituir una circunstancia de agravio al menor producto de la posible entrega a los abuelos paternos, ni de la presunta situación de violencia familiar que no fue acreditada.

Después, el 28 de agosto de 2013, la defensa técnica presenta el informe escrito (anexo 24), reiterando que la residencia habitual se vio afectada y varió desde que el demandante de manera prepotente decidió trasladar su hija a la casa de sus padres, quedando la demandada sin domicilio en el país; por lo tanto no hubo sustracción ilícita ya que se realizó en ejercicio natural del derecho de custodia de la madre, siendo el padre que producto de sus decisiones unilaterales causó el problema y no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia; además que la niña quedó integrada a su nuevo ambiente transcurridos a la fecha dos años, por lo cual deberá ser aplicable el principio del Interés Superior del Niño.

Finalmente, la sala decide mediante Resolución N°04 del 06 de septiembre de 2013 (anexo 25) confirma la sentencia del 16 de abril de 2013, declarando fundada la demanda, por los siguientes motivos:

- ❖ Que, de los hechos relatados y a la documentación adjuntada se puede inferir que la demandada trasladó de manera ilícita a su hija del lugar de su residencia habitual, reteniéndola hasta la fecha en el domicilio ubicado en Av. Los Nogales 930, Chaclacayo, Lima-Perú, señalando que la residencia habitual se entiende como tal por su lugar de nacimiento, así como el lugar donde residía hasta la fecha del traslado ilícito.
- ❖ También, obra una Orden de Custodia de Emergencia expedida por el Juzgado General de Justicia del Condado de Wake Country Tribunal del Distrito de fecha 30 de agosto de 2011, así mismo la *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA) define como lugar de residencia el Estado de Carolina del Norte; por tanto, analizada la querrela sí se verifica un riesgo sustancial que la menor se encuentre fuera del Estado.
- ❖ Que, se interpone la demanda con fecha 29 de diciembre de 2011, por ello en cumplimiento al plazo determinado en el artículo 12° de la

convención corresponde la orden de restitución inmediata de la menor al país de su residencia habitual.

- ❖ Que, aun cuando se manifiesten que entre las partes han existido desavenencias o discrepancias respecto de la crianza del infante, no constituye justificación para que la niña permanezca separada de su progenitor, puesto que también ejerce la patria potestad, y tiene derechos sobre ella, más aún si cuenta con una medida cautelar temporal de custodia a su favor.

En consecuencia, se confirma la sentencia de fecha 16 de abril del 2013, que declara fundada la demanda y se dispone la restitución inmediata de la niña a los Estados Unidos de América, de preferencia en compañía de la madre.

1.10. Recurso de Casación:

Con fecha 02 de octubre de 2013 se presenta recurso de casación (anexo 26), estableciendo como fundamentos:

- ❖ La interpretación errónea del artículo 3° de la Convención.
- ❖ La inaplicación del artículo 12° de la Convención, que colige la salvedad en caso de integración a nuevo ambiente, siendo este el hogar de los progenitores de la madre, cumpliendo así el interés superior del niño.
- ❖ Falta de motivación sobre el cuadro de anemia que tenía la niña, y el contexto de violencia familiar que forzó la salida de la madre en ejercicio natural del derecho de custodia.
- ❖ La inaplicación del artículo 13° de la Convención, donde no fue contemplado los problemas de idioma, costumbres y necesidades y convivencia con personas extrañas, puesto que desde la perspectiva del Interés Superior del Niño se deberá atender a las condiciones especiales del interés concreto del menor, estableciéndose que el retorno afectará su desarrollo integral.

Por tanto, es calificada como procedente el 13 de noviembre de 2013 por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica por cumplir con los presupuestos de procedencia y admisibilidad conforme a los artículos 387°, 388° y 391° del C.P.C y sus modificatorias (anexo 27).

Posteriormente el Ministerio Público emite el dictamen N° 037-2014-MP-FN-FSC (anexo 28) dirigido al presidente de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, exponiendo lo siguiente:

- ❖ Que, sobre la infracción normativa del artículo 3° del convenio, precisar que se tiene como objeto asegurar la inmediata restitución de los menores que tienen su residencia habitual en uno de los Estados Contratantes, y que hayan sido trasladados ilegalmente, tratando de evitar una rotura en los derechos de custodia y visita en el Estado Contratante del que fue sustraído; así mismo el concepto de residencia habitual constituye el lugar donde el menor tenía su centro de vida y sus relaciones inmediatas antes de la sustracción; es por ello que configurada la residencia habitual de la niña en los E.E.U.U. y sin contar la autorización del padre para la salida de la menor del país de los Estados Unidos, la infracción señalada en dicho extremo carece de sustento.
- ❖ Sobre la infracción normativa del artículo 12° del convenio, que si bien la indicada norma establece situaciones que permiten al estado eximirse de cumplir con la obligación de restituir al niño debe atenderse que en autos no se ha acreditado que en su lugar de nacimiento las condiciones de salud o integridad física de la niña se hayan visto quebrantadas, pues el cuadro de anemia que la menor presuntamente asumía en Carolina del Norte y que aduce la demandada no ha sido probado en el curso del proceso.
- ❖ Que, sobre la infracción normativa del artículo 13° del convenio, la demandada aduce que habría un obstáculo de idioma pues su hija se comunica en castellano y que afectara negativamente poniéndola en riesgo; esto a juicio de la fiscalía no puede constituir un argumento valedero para sostener a *prima facie* que su restitución le ocasione necesariamente consecuencias negativas, más aún si no se aprecia informe social o evaluación psicológica que verifique tal argumento.

Finalmente, el 04 de febrero de 2014 la Fiscalía Suprema en lo Civil opina se sirva declarar infundado el recurso de casación.

1.11. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República:

Con fecha 22 de mayo de 2014, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República toma decisión (anexo 29) sobre el recurso de casación interpuesto el 02 de octubre de 2013 por E.M.Z.O y su defensa, teniendo las siguientes motivaciones:

- ❖ Considera importante los motivos por los cuales la madre se vio obligada a dejar el país, así mismo el temor que significaba quedarse sin domicilio por lo que solicitó ayuda de sus padres, pues también es cierto que la menor tan solo vivió siete meses en ese país.
- ❖ Que, es lógico entender que el menor al encontrarse en Perú desde los 07 meses de edad, en el seno de la familia materna ha podido desarrollar vínculos estrechos producto de la convivencia, debiendo precisarse que a la fecha de la emisión de la Resolución ya cuenta con 3 años, esto correspondiente a lo especificado en el artículo 12° de la Convención.
- ❖ Que, sobre la infracción al artículo 13° de la Convención, y relacionado al anterior punto ante tal integración del menor se configura el inciso “b” de la Convención, la cual indica que no hay obligación en cuanto exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que ponga al menor en una situación intolerable.

Es así como la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista de fecha 06 de septiembre de 2013, revocando la sentencia apelada.

Finalmente, mediante la Resolución N° 15 de 27 de mayo de 2015 (anexo 30), estando a lo resuelto por el superior jerárquico habiéndose declarada infundada la demanda sin pretensiones pendientes de ejecutarse resuelve ordenar el archivo definitivo de los autos con sus incidentes, notificándose.

2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. Determinación de la residencia habitual de la niña:

La residencia habitual es un concepto autónomo que se va a materializar dependiendo de cada caso en particular, sumando a la incorporación normativa del Convenio a cada Estado Contratante según su ordenamiento jurídico, lo cual puede generar diversas apreciaciones al determinar la

residencia habitual de la niña.

Es como tal una herramienta jurídica de carácter internacional que permite integrar otras instituciones jurídicas como son, el domicilio, la residencia, la nacionalidad, entre otros, para identificarse a los que les sea aplicable.

En ese sentido, de los actuados podemos identificar lo siguiente:

- ❖ La niña posee un vínculo de nacionalidad de lo que se puede apreciar de la partida de nacimiento de la Oficina de Registro Civil del Condado Wake
- ❖ Su domicilio se encontraba en 6800 Madison Ridge Way apt.103, Raleigh, North Caroline 27613, y fue sustraída el día 26 de agosto de 2011 a la edad de 06 meses.
- ❖ Vivía al cuidado de la madre; dado que, la madre aduce que no podía trabajar por encontrarse grave de salud y que de igual forma la niña tuvo problemas que requerían de mayor atención, siendo ella con la cual pasaba más tiempo, afín al horario de trabajo que tenía el demandante.
- ❖ Que la niña, a la fecha de la interposición del recurso de casación, tenía 02 años y 08 meses, y ha convivido con la madre y sus abuelos maternos en el domicilio ubicado en Av. Los Nogales 930, distrito de Chaclacayo, provincia y departamento de Lima.

De tales elementos la residencia habitual de la niña, antes de la sustracción, era el país de los Estados Unidos en el estado de Carolina del Norte, pues es ahí donde existían dos presupuestos fundamentales para identificar la residencia habitual que son el lugar de vinculación familiar y el lugar de desarrollo integral, determinable a los alcances de la “Guía de Buenas Prácticas N°1” en virtud del Convenio que sostiene:

“...Como se mencionó anteriormente, el Convenio no contiene normas sobre las condiciones que determinan la residencia habitual. Se trata, en cambio, de una cuestión de hecho que las autoridades administrativas y judiciales deben decidir en cada caso. En la Guía de Buenas Prácticas N° 1 se establece que la “residencia habitual generalmente es considerada como un concepto de hecho que denota al país que se ha convertido en el centro de vida familiar y profesional de un individuo.”⁶

Por lo expuesto desde la perspectiva del principio del Interés Superior y avocándonos a la materia de niños, niñas y adolescentes; los principales vínculos a salvaguardar por los operadores y organismos de cada Estado Contratante son los relacionados a la vida familiar y desarrollo integral del niño.

En conclusión, queda acreditado a tal extremo que la niña fue sustraída de su residencia habitual, pues es donde nació y se fue desarrollando hasta el momento de la sustracción; sin embargo, es importante resaltar que siempre

⁶ Guía de Buenas Prácticas N° 1 (op. cit. nota 5), p. 115 (sección 8.4.4.). En este contexto, algunos Estados resaltaron que se trata de un análisis fáctico que se realiza caso por caso (véase el Cuestionario N° 2 de 2014, pregunta 36: Finlandia, Nueva Zelanda y Suecia).

debemos atender a dos aspectos importantes que son la edad del menor en tanto fijamos la proporcionalidad a los vínculos a preservar y su posible integración al nuevo ambiente en el que se encuentre, analizado en los siguientes párrafos.

2.2. Supuestos de riesgo en caso de restitución:

Sobre el particular, el artículo 13° inciso “b” de la Convención señala que, si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico, psíquico o que, de cualquier otra manera a una situación intolerable, la autoridad no será obligada de ordenar la restitución; por consiguiente, podemos identificar que según lo actuado por la demandada hay una atribución de riesgo principalmente por dos razones:

- ❖ La integración de la niña a su nuevo ambiente, en cuanto la niña ya ha convivido durante dos años al cuidado de su madre y en su domicilio.
- ❖ Respecto de los posibles riesgos del cuidado según los hechos materia en controversia sobre la salud y cuidado de la menor, los obstáculos de idioma, cultura costumbre, etcétera.

En tal línea, acorde con lo ofrecido y expuesto por las partes, la casación 2001-2016 Arequipa nos señala:

“...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 ya 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,..”, lo cual significa que la edad del niño es un elemento para determinar los parámetros que configuran el supuesto “b” del artículo 13 de la convención.

Así mismo, acotamos lo señalado por Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI, que menciona:

“Sin embargo, estas excepciones enumeradas deben aplicarse de forma restrictiva. El Informe Explicativo establece que las excepciones “deben ser aplicadas como tales”, esto es “de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado”. Advierte además que “una

invocación sistemática de las excepciones [...], al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado”.

26. Particularmente, si bien las excepciones se basan en la toma de consideración del interés del niño, estas no convierten al proceso de restitución en un proceso de custodia. Las excepciones se enfocan en la (posible no) restitución del niño. No deben resolver cuestiones de custodia ni realizar un “examen integral del interés superior” del niño en el proceso de restitución. Los tribunales o las autoridades competentes ante los que tramita el proceso de restitución deben aplicar las disposiciones del Convenio y evitar intervenir en cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual.”⁷

En ese sentido, podemos verificar de la edad de la niña que existe una necesidad mucho más personal e íntima de cuidados, tanto en su desarrollo físico, como la alta vulnerabilidad emocional y de salud en la cual se encuentra; siendo así, preferente el cuidado materno por ser con quien la menor ha convivido más tiempo (elemento de tiempo de permanencia) incluso durante su estadía en el país americano; esto conforme lo actuado por las partes.

Cabe resaltar, que de los medios probatorios propuestos por la demandada existe propiamente un elemento que evidencia un riesgo físico para el retorno el cual es la condición de anemia y lo expuesto sobre el tratamiento por las obstrucciones congénitas de la niña.

Por tanto, al alcance del artículo 13° inciso “b”, parece limitarse a verificar si nos encontramos en alguno de los supuestos establecidos por el Convenio, para lo cual nos quedamos con lo considerado por la casación 2001-2016, la cual sostiene que:

“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.”⁸

⁷ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI, págs. 24 y 25

⁸ Casación 2001-2016, Arequipa

2.3. Sobre las defensas previas:

En el caso se identificaron dos excepciones propuestas por la demandada y su defensa en la contestación, las cuales fueron:

- ❖ Falta de legitimidad para obrar, argumentando que los demandantes deben acreditar la representación con el respectivo poder, amparándolo en el inciso “6” del artículo 446° del C.P.C.

- ❖ Litis pendencia, fundándola en que las mismas partes siguen acción legal de tenencia de menor ante el Juzgado Especializado en lo Civil del Cono Este exp. N° 00358-2011-01808, por la demanda interpuesta el 06 de septiembre de 2011, siendo esta excepción amparada en el inciso “7” del artículo 446° del C.P.C.

En ese sentido, Priori Posada señala que *“La legitimidad para obrar se entiende más bien como presupuesto para poder plantear una pretensión en un proceso, de forma tal que solo si la pretensión es planteada por una persona legitimada, el juez puede pronunciarse válidamente sobre el conflicto de intereses que le ha sido propuesto.”*; en otras palabras, la legitimidad para obrar pasa de ser la relación jurídico-sustantiva que debe tener identidad con la relación jurídico procesal a significar el derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda; es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material independientemente de la decisión final del órgano jurisdiccional.⁹

Según lo expuesto, la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables es quien cumple la función de Autoridad Central del Perú en el marco del Convenio conforme a lo establecido en el artículo 7° y la Resolución Ministerial N° 206-2002-PROMUDEH; además el artículo 23° del Convenio señala que no será necesaria ninguna legalización o formalidad en contexto de su aplicación; además, existe un otorgamiento de poder realizado el 14 de septiembre de 2011, lo cual permite entender la improcedencia de la excepción planteada.

⁹ Casación N°2060-2017, Callao

Por otro lado, referente a la litis pendencia; cabe señalar que se debe diferenciar entre la litis pendencia y sus efectos, pues la litis pendencia es una situación jurídica de todo proceso como tal, en el cual existe una pretensión que queda pendiente hasta la resolución definitiva del mismo, es ante esta eventualidad que de iniciarse otro proceso sobre las mismas partes y pretensión se pueda impedir su continuación en razón al principio de *no bis in idem* y evitar duplicidades innecesarias de la actividad pública.

También el artículo 452° del C.P.C menciona que existe identidad de procesos cuando las partes, el petitorio e interés para obrar, sean los mismos; por tanto, resulta incompatible aplicar tal excepción al caso concreto dado que la Convención nos reitera, al igual que en las Guías Prácticas, que las cuestiones de tenencia o custodia no pertenecen a la causa de restitución, sino es mediante este mecanismo que se intenta salvaguardar tal derecho permitiendo que el más competente resuelva la discrepancia; en este caso, el organismo jurisdiccional del Estado de Carolina del Norte; dicho de otro modo, las pretensiones en los procesos que analizamos son diferentes.

Finalmente, el artículo 16° de la Convención establece un límite a los órganos jurisdiccionales de los Estados Contratantes, ordenando abstenerse a pronunciarse sobre las cuestiones de fondo de custodia del niño, niña o adolescente ante el conocimiento de un proceso de restitución pendiente, razón adicional para considerar improcedente tal excepción.

3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

3.1. Posición fundamentada sobre las Resoluciones emitidas

3.1.1. Sentencia:

La sentencia declaró fundado el petitorio de la demanda interpuesta por el Sr. C.A.S en contra de la Sra. E.M.Z.O y en consecuencia dispuso la restitución inmediata de la niña E.N.S.Z al país de los Estado Unidos de América; en ese sentido consideramos:

Sobre la residencia habitual, es claro que la residencia de la niña era el Estado de Carolina del Norte pues tiene un vínculo de nacionalidad y domicilio con el lugar; así mismo, el artículo 12° punto "1" del Convenio establece un plazo inferior a un año a fin de limitar el uso indiscriminado de la figura de integración.

Sin embargo, sobre la sustracción ilícita menciona que el padre se encontraba haciendo ejercicio de la patria potestad pues de los actuados se desprende que convivía con la niña, y por lo tanto hubo un quebrantamiento a su derecho como padre por la salida inopinada de la madre; tal análisis recae en limitado pues el artículo 3° de la Convención indica que el ejercicio del derecho de custodia debe ser efectivo, espíritu propio de la Convención.

Por lo tanto, consideramos que la sala no ha sido consecuente con lo aportado por las partes; ya que, en ambos casos los hechos atribuidos de violencia no sirven para cuestionar la existencia del acto, pudiendo ser atendido en un proceso de otra naturaleza, sino comprender la repercusión en la niña y su posible riesgo al retorno; en esa línea, se puede afirmar que no existe ejercicio de custodia efectiva al vulnerar el derecho de custodia de otro.

3.1.2. Resolución de segunda instancia

En la resolución de segunda instancia se resalta la Orden de Custodia de Emergencia expedida por el Juzgado General de Justicia del Condado de Wake Country Tribunal del Distrito de fecha 30 de agosto de 2011; ciertamente es importante tomar en consideración que el demandante posee a los ojos del ordenamiento estadounidense la tenencia temporal de la niña; sin embargo, hay que comprender el valor jurídico que aporta a la luz del proceso de restitución.

La Orden de Custodia Temporal expedida a favor del demandante no constituye un instrumento que ponga fin al proceso o tenga calidad de cosa juzgada como para poder ser reconocido mediante un proceso de exequatur, además que su fecha de emisión fue posterior a la salida de la demandada del país de los E.E.U.U.; en ese sentido, el Convenio busca preservar la competencia idónea a resolver el caso, similar al principio de inmediatez, pues considera que el órgano competente es quien coincide con el lugar de residencia habitual del niño al tener *a prima facie* los vínculos de su desarrollo, lo que permite al operador de justicia conocer mejor el caso y evitar acciones fraudulentas contra el Convenio.

Así mismo, nuevamente, hace referencia sobre la vulneración al ejercicio de patria potestad; en ese sentido, resulta comprensible el análisis que realizan los órganos de primera y segunda instancia por la carencia de medios probatorios que acrediten los hechos con certeza, la cuestión es que existe un problema aplicativo del Convenio, pues las Guías Prácticas y el Convenio precisan limitar el análisis del Interés Superior del Niño, como de la institución de tenencia o custodia para cumplir con los objetivos principales de la Convención, que es la reposición del niño a su residencia habitual.

Al análisis de los artículos 13° y 20° de la Convención, para desprenderse de la obligación de retorno es necesario tomar en cuenta elementos similares al examen de la institución de tenencia, *contrario sensu* no sería posible considerar el grave riesgo psicológico de desprender a un niño, niña o adolescente de la persona con la cual tuvo mayor tiempo de permanencia; tampoco podríamos establecer la vulnerabilidad en base a la edad, ni tomar en consideración las conductas de las partes cuando se niega el contacto al

otro u omite obligaciones alimentarias, ni establecer un arraigo producto de los nuevos vínculos formados, aun cuando queda claro que los objetivos de ambos procesos son distintos.

El artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 3° inciso 1, regulan el principio del Interés Superior del Niño, transversal a todos los operadores del estado; es decir aplicable al proceso; por ello, es imposible evitar ahondar en el enfoque integral de la niña y establecer medidas que, aun cuando injustas para las partes, sean preferibles para el niño, niña y/o adolescente por dos razones, una tuitiva por su relación con el estado y otra temporal en tanto es válida la mutación de la situación jurídica del niño, niña y/o adolescente ante el transcurso del tiempo, en consecuencia se debió revocar y declarar infundada la demanda.

3.1.3. Casación:

La Corte Suprema declara fundado el recurso de casación, nula la sentencia de vista de fecha 06 de septiembre de 2013, y actuando en sede de instancia revocaron la sentencia apelada; así mismo, estando a lo resuelto por el superior jerárquico habiéndose declarada infundada la demanda sin pretensiones pendientes de ejecutarse resuelve ordenar el archivo definitivo de los autos con sus incidentes.

La casación en su noveno punto refuerza el elemento temporal, afín a la edad de la niña que a tal fecha ya cumplió los 03 años, por lo cual ha generado estrechos vínculos familiares producto de la convivencia, esto demuestra nuestra preocupación por una distinción clara entre los criterios que debemos prevalecer al objetivo del proceso, pues al final la similitud al examen de tenencia se hace evidente con relación los artículos 12° y 13° del convenio, establecidos como supuestos excepcionales en la norma, pero recurrentes a la práctica.

También, hubo una falta lógica al cuadro de anemia expuesto por las partes, pues si bien no fue debidamente acreditado se debe entender que es necesario un control permanente con respecto a la salud del niño y no en sentido a generar una causalidad, desde el enfoque del interés superior es relevante la situación de salud, más aún si puede ser considerado como un factor de grave riesgo físico y tomar parte del caso como elemento de integración, pues el centro de salud al cual asiste de manera periódica también podrá constituir un nuevo vínculo de arraigamiento .

Así mismo, se hace mención a lo explicado en el punto 3.1.1 cuando nos referimos al ejercicio de patria potestad y el uso efectivo del derecho de custodia ; si bien no fueron aportados medios idóneos que acrediten los hechos expuestos por ambas partes, se puede desprender con mayor facilidad que efectivamente hubo una situación delicada de salida de la demandada ante el temor que significaba quedarse sin domicilio, por lo que solicitó ayuda de sus padres, lo cual entendemos responde a la finalidad

dikelogica de la casación.

Que, sobre la infracción al artículo 13° de la Convención, y relacionado al anterior punto ante tal integración del menor se configura el inciso “b”, el cual indica que no hay obligación en cuanto exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que ponga al menor en una situación intolerable; en tal sentido, resulta evidente que existen elementos suficientes para entender que existen riesgos del retorno de la niña a lo que fue, en su momento, su residencia habitual.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Desarrollado la opinión jurídica de las Resoluciones emitidas, se concluye lo siguiente:

1. Existe una constante discrepancia al resolver los casos de restitución en virtud del Convenio, observado en las decisiones disparejas en la misma materia según la interpretación que pueda tener el órgano jurisdiccional o tribunal; lo cuales pueden ser restrictivos del Interés Superior del niño al objetivo del proceso, o sistemáticos al acoger globalmente este principio en todos sus alcances.
2. No hubo actividad probatoria suficiente a fin de acreditar los hechos indicados por las partes, lo cual dificulta aún más para el juzgador poder determinar y resolver el caso; en ese sentido, es de personal posición que ante tal vacío de actuación se debe con más razón primar el Interés Superior del Niño, pues la misma Convención establece justamente los supuestos de excepción entendiendo el espíritu de protección especial del cual deben gozar todos los niños, niñas y adolescentes.
3. De lo observado en la jurisprudencia, se puede afirmar que en todos los casos se tomaron en cuenta elementos que contemplan el examen de la institución de tenencia, incluso en algunos casos mencionado explícitamente, lo que no debería ser posible si atendemos a las restricciones del Convenio; sin embargo, esto solo prueba una vez más la imposibilidad jurídica de atender solo a este fin de manera mecánica y no como problema humano, pues el Convenio también sufre una naturalización al ordenamiento peruano por su incorporación
4. En materia del caso se hace visible la importante la mutación de las condiciones jurídicas de los sujetos del proceso, así como de sus

actuaciones; por ello, podemos entender que la decisión más afín o aparentemente idónea, ante el transcurso del tiempo, puede ser pasible de corrección; no por una falta de análisis en cuanto al examen que se realiza, sino en sentido a que las variables como son los vínculos que forman parte del desarrollo del niño también mutan con el tiempo.

5. Por último, a fin de resolver el desorden de criterios del cual adolece la jurisprudencia peruana se propone realizar las modificaciones pertinentes a la normativa vinculada y al Código de Niños y Adolescentes; ya sea para positivizar explícitamente la restricción al Interés Superior del Niño que debe realizarse al resolver los casos materia de restitución internacional o, de nuestro parecer, homologar los procesos de tenencia y restitución dentro del Proceso único, que atenderá al examen integral de los elementos e instituciones que conforman el interés Superior, los cuales de por sí vienen siendo estudiados en todas las motivaciones de los casatorios; esto a su vez permitirá reducir la carga judicial en materia familiar.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos:

- GONZALES MARIMON, María (2020). *Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento Bruselas II Bis*: Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020.
- FLORA CALVO, (2021). *¿Dónde se encuentra la residencia habitual del menor sustraído?*: Encontrado en: <https://confilegal.com/20201228-opinion-donde-se-encuentra-la-residencia-habitual-del-menor-sustraido/>.
- REIG FABADO, Isabel (2019). *La Construcción Del Concepto Autónomo De Residencia Habitual Del Menor En Los Supuestos De Sustracción Internacional De Menores*: Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2019), Vol. 11, N° 1.
- <https://www.mimp.gob.pe/direcciones/dgna/contenidos/articulos.php?codigo=23>
- <https://laley.pe/art/2200/patria-potestad-cambio-de-residencia-no-genera-secuelas-sicologicas-a-infantes>
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (2018) *Residencia habitual y ámbito de aplicación del*

Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - HCCH OFICINA PERMANENTE (2021) *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1)(b).*
- MERCEDES ALBORNOZ, María (2020). *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores*: Encontrado en: <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (2003) *Guía De Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores PRIMERA PARTE – PRÁCTICA DE LAS AUTORIDADES CENTRALES.*
- MORALES GODÓ, Juan (2008). *¿Es requisito indispensable la triple identidad para poder hacer uso de la excepción de litis pendencia?*: Rev. Jurídica “Docentia et Investigatio” Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M Vol.10.
- CANELO RABANAL, Raúl (1993). *“El Proceso Único En El Código Del Niño Y Del Adolescente”*: Encontrado en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14271>.
- MOMETHIANO SANTIAGO, Javier y OJEDA PARAVICINO, Yeniffer (2019). *Exégesis de los delitos contra la familia en el Código Penal peruano*: Encontrado en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1673/1815>.
- REVISTA LEGISLATIVA DE LA COMISIÓN DE FAMILIA Y NIÑEZ DEL CONGRESO NACIONAL. AÑO 1 NO. 1 (2007) *La Sustracción Internacional De Niños, Niñas Y Adolescentes Normativa Y Doctrina.*

Jurisprudencia:

Corte Suprema

- Casación N° 893-2013-Lima Norte.
- Casación N° 3590-2015-Lima.
- Casación N° 4466-2013-Lima.
- Casación N° 2060-2017-Callao.
- Casación N° 2188-2012 –Lima Norte.

- Casación N° 4392-2011-Cajamarca.
- Casación 9347-2012 Lima.
- Casación 1961-2012, Lima.
- Casación 3016-2015.
- Casación 3023-2017, Lima.
- Casación 171-2018, Ucayali.
- Casación 2309-2015, Lima Sur.
- Casación 1303-2016, Cajamarca

Tribunal Constitucional

- Sentencia recaída en el Expediente N° 0984-2004-AA/TC.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 02892-2010-PHC/TC.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 04937-2014-PHC/TC.
- Sentencia recaída en el Expediente N° 01817-2009-PHC/TC.

ANEXOS

Los anexos que se adjuntan son los siguientes:

1. Solicitud del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
2. Querrela de Custodia.
3. Traslado a la Dirección Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.
4. Orden de Custodia Temporal del Condado Wake.
5. Oposición de la requerida.
6. Demanda.
7. Auto Admisorio de la demanda.
8. Contestación de la demanda.
9. Auto admisorio de la demanda de tenencia.
10. Auto de fijación de Audiencia Única.
11. Reprogramación de la Audiencia Única,
12. Saneamiento del Proceso
13. Apelación de las defensas previas.
14. Documento del Departamento de Seguridad Social e Inmigración.
15. Admisión de la apelación de defensas previas.
16. Decisión sobre las defensas previas.
17. Descargo del demandante.
18. Descargo de la demandada.
19. Dictamen Fiscal.
20. Sentencia.
21. Apelación de la sentencia
22. Admisión de la Apelación
23. Dictamen Fiscal.
24. Informe escrito del apelante.
25. Decisión de la Segunda Instancia.
26. Recurso de casación.
27. Procedencia del recurso de casación.
28. Dictamen Fiscal.
29. Decisión de la Corte Suprema.
30. Archivo.

01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013.
LIMA



RESTITUCIÓN DE MENOR

RESTITUCIÓN DE MENOR.-

Es una herramienta para la protección del menor, por la que se determina si cabe o no restituirlo al lugar donde tuvo su residencia habitual. Existiendo la salvedad de que cuando el menor haya quedado integrado en su nuevo ambiente, no será posible la restitución del mismo. **Art. 12 b) del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.**

Lima, veintidós de mayo de dos mil catorce.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con el acompañado, vista la causa número tres mil novecientos veinticuatro - dos mil trece, en audiencia pública realizada en la fecha y producida la votación correspondiente, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación corriente a fojas trescientos catorce a trescientos diecisiete del principal, interpuesta el dos de octubre del dos mil trece por [REDACTED] contra la sentencia de vista obrante a fojas doscientos setenta y siete a doscientos ochenta y tres, expedida por la Segunda Sala especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha seis de setiembre de dos mil trece, que confirma la apelada de fecha dieciséis de abril de dos mil trece obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta y uno, que declaró fundada la demanda de restitución de menor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. NRO. 3924.2013.

LIMA

RESTITUCIÓN DE MENOR

II. ANTECEDENTES:

2.1. DEMANDA:

Mediante escrito presentado el veintinueve de diciembre de dos mil once, obrante a fojas ciento veintidós, el **Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social** a través de su abogados y en representación de [REDACTED] [REDACTED] interpone demanda de restitución de menor, a fin de que se restituya a su menor hija a su país de residencia habitual, al haber sido trasladada ilícitamente.

[REDACTED] señala que contrajo matrimonio con [REDACTED] el cuatro de setiembre de dos mil ocho en Lima, y producto de su matrimonio nació su menor [REDACTED] el treinta y uno de enero de dos mil once. Fijando su domicilio en Carolina del Norte – Estados Unidos de Norteamérica hasta el veintiséis de agosto de dos mil once, fecha en la que la demandada en compañía de su menor hija sale del país sin dar aviso ni contar con autorización del padre. Indica que, al tomar conocimiento de dicha situación presenta querrela por custodia temporal y permanente de la niña, que es otorgada el treinta de agosto de dos mil once mediante una orden de custodia de emergencia por el Condado de Wake del Estado de Carolina del Norte.

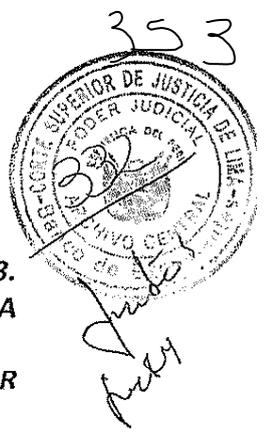
Alega que la mamá de la menor, la trasladó de manera ilícita desde su domicilio habitual hasta Perú, cuyo paradero real está en avenida Los Nogales 930- Chaclacayo, lugar donde la retiene hasta la fecha.

Mediante resolución número uno de fecha cuatro de enero de dos mil doce, obrante a fojas ciento treinta y tres, se admite a trámite la demanda sobre restitución internacional de menor.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CAS. NRO. 3924.2013.
LIMA**

RESTITUCIÓN DE MENOR



2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Mediante escrito de fojas ciento sesenta y uno y siguientes de fecha veinte de enero de dos mil [REDACTED] contesta demanda solicitando que se declare no estar obligada a efectuar la restitución de su hija por existir un grave riesgo físico y psíquico contra la menor, poniéndola en una situación intolerable si se alejara de sus cuidados y afectos, que serían incomparables a los dados por terceras personas, más aun si la menor está completamente integrada de manera positiva al ambiente que la rodea, con comodidades y mucho afecto familiar.

En el mismo escrito de contestación, la demandada deduce excepciones de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, debido a que no se acreditó la representación con el respectivo poder; y de litispendencia, porque entre las mismas partes se sigue acción de tenencia de menor desde el seis de setiembre de dos mil once, ante el Juzgado Especializado del Cono Este expediente número 00358-2011.

La primera excepción se declara improcedente en virtud del artículo 446 inciso 3 del Código Procesal Civil, en mérito a la licencia que otorga el artículo 23 de la Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, estando exonerado de cumplir formalidades tales como legalizaciones. Y respecto de la excepción de litispendencia, también se declara improcedente pues se considera que cada proceso responde a un interés para obrar distinto con pretensiones que no son en estricto las mismas, conforme los artículos 452 y 453 del Código adjetivo y el artículo 16 de la referida Convención.

2.3. PUNTO CONTROVERTIDO:

355

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. NRO. 3924.2013

RESTITUCIÓN DE MENOR

Mediante resolución número cinco, obrante a fojas ciento setenta y uno y ciento setenta y dos, el Juez fija el siguiente punto controvertido:

1. Determinar si corresponde la restitución internacional de la niña [redacted] a los Estados Unidos de América, de configurarse las condiciones legales para ello.

2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez del Décimo Sexto Juzgado Especializado en Familia de Lima, mediante sentencia de fecha dieciséis de abril de dos mil trece, obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta y uno, declara fundada la demanda; en consecuencia se dispone la restitución de la menor [redacted] país de Estados Unidos, de preferencia en compañía de la madre. Dicha decisión se sustenta, en las siguientes motivaciones:

En virtud de nuestro Código adjetivo el juez debe pronunciarse de forma expresa, precisa, motivada y oportuna; y evaluar conjuntamente los medios probatorios aportados que resulten pertinentes e idóneos para los fines del proceso. Se establece que en virtud de la Convención no es exigible a las partes la legalización ni otras formalidades análogas. Por otro lado, la controversia consiste en determinar si se configuran los supuestos de residencia habitual y retención ilícita de la menor, además si concurren las circunstancias de grave riesgo e integración al nuevo medio. Al respecto se indica que la menor desde su nacimiento hasta su traslado al Perú, ha establecido su centro de vida en Estados Unidos, por lo que se configura el elemento de residencia habitual de la menor en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013.
LIMA

RESTITUCIÓN DE MENOR



dicho país, constituido en requirente. También se acredita que el traslado de la menor al Perú ha sido sin mediar autorización ni de autoridad competente alguna ni del padre, quien al estar viviendo con la menor ejercía el derecho de la patria potestad, configurándose así, la sustracción ilícita con afectación del derecho de custodia del demandante.

Respecto a las alegaciones de la madre, se considera que desde agosto de dos mil once, mes en el que llegó la menor al Perú y diciembre, fecha en que interpuso la demanda, ha pasado un plazo menor de un año, por lo que no corresponde considerar la posible integración de la menor al nuevo medio. Del mismo modo se establece que la demandada no ha probado fehacientemente que el restituirla supondría un grave peligro físico y psíquico para la menor, solo ha demostrado que antes del nacimiento de la niña existieron altercados, episodios que evidencian cierta violencia en la pareja.

La demandada no ha aportado ningún medio de prueba que acredite que el padre ha sido considerado responsable de actos de afectación hacia la niña.

Analiza la excepción del artículo 13 b de la Convención, en el entendido que el retorno de la niña no conlleva una decisión sobre tenencia o custodia a favor del padre, estando restringido a reponer las cosas al estado anterior al que correspondía en el momento de la retención, permitiendo que sean las autoridades de Estados Unidos las que adopten las decisiones provisionales y definitivas favorables a la niña. No se ha aportado pruebas que demuestren que el retorno podría exponerla a un grave riesgo.



CAS. NRO. 3924, 2013

RESTITUCIÓN DE MENOR

2.5. RECURSOS DE APELACIÓN:

La demandada formula apelación a fojas doscientos cincuenta y seis contra la sentencia emitida, en la que señala que su relación conyugal no se había desarrollado de la mejor manera por lo que no llegaban a entendimiento alguno, razón por la cual no solicitó autorización del padre de su menor hija. Más aún si el padre ha solicitado su tenencia sin contar con su consentimiento. Del mismo modo indica que dadas las circunstancias de hostilidad y posible desamparo que vivía con su esposo, decidió volver al Perú.

Por otro lado, alega que ya su hija se ha establecido en el país, por lo que ordenar su regreso al lado de su padre y sin su madre a los Estados Unidos, estaría en contra de su interés superior como niño, pues tendría que enfrentar un ambiente nuevo y ajeno a su realidad actual, convivir con personas extrañas y practicar usos y costumbres diferentes. Lo que afectaría su normal desarrollo, pues implicaría un cambio radical de su modo de vida.

2.6. SENTENCIA DE VISTA:

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia de vista de fecha seis de setiembre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y siete, confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda disponiéndose la restitución de la menor [REDACTED] de Estados Unidos, de preferencia en compañía de la madre. Con lo demás que contiene.

Entre sus fundamentos menciona que, el artículo 13 a) de la Convención señala que el traslado o retención de menor, se considerarán ilícitos cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013.



RESTITUCIÓN DE MENOR

residencia habitual. Y que "el derecho de custodia" resulta de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente y lo entiende como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.

El artículo 12 a) de la Convención señala que cuando hubiere transcurrido un periodo inferior a un año desde que se produjo la retención, la autoridad deberá ordenar la restitución inmediata.

2.7. RECURSO DE CASACIÓN:

Contra la sentencia dictada por la Sala Superior, [REDACTED] Ortega interpone recurso de casación mediante escrito obrante a fojas trescientos catorce.

Esta Suprema Sala, mediante resolución de fecha trece de noviembre de dos mil trece (fojas treinta y tres del cuaderno de casación), declaró procedente el recurso de casación, por las infracciones normativas de los artículos 3°, 12° y 13° del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores.

III. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica en debate consiste en determinar si corresponde la restitución internacional de la [REDACTED] Estados Unidos de América, de configurarse las condiciones para ello, como los son, un hogar sin violencia, que garantice el correcto desarrollo de la menor.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

363

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013



RESTITUCIÓN DE MENOR

PRIMERO.- El texto del artículo 384° del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, establece los fines esenciales del recurso de casación civil, esto es, la correcta aplicación del derecho objetivo al caso concreto, es decir, velar por la correcta observancia de la ley mediante la tutela del derecho en el caso concreto y establecer la unificación de la jurisprudencia nacional. Ahora bien, velar por la correcta observancia de la ley significa controlar que en las decisiones judiciales se haya interpretado o aplicado correctamente la norma jurídica. En efecto, el recurso de casación tiene como uno de sus fines, el nomofiláctico, lo que importa la uniformización de la jurisprudencia, pues finalmente de lo que se trata es de lograr dar un sentido a la norma que permita llegar a la unidad del derecho.

SEGUNDO.- Que, estando a lo expuesto, esta Sala Suprema considera que se debe analizar lo referente al Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta 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 hubieran sido retenidos ilegalmente (artículo 1 del Convenio)*"¹. 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

¹ Informe sobre la situación internacional de menores por parte de uno de sus padres en las 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

CAS. NRO. 3924.2013

RESTITUCIÓN DE MENOR



habitual antes de los hechos y no de forma posterior al evento denominado traslado.

TERCERO.- Sobre el tema es importante referir el Informe Explicativo de la profesora Elisa Pérez- Vera², quien actuó como ponente, es decir tuvo una participación activa en la elaboración del Convenio. Señala que hay dos circunstancias que caracterizan la situación de hecho que el Convenio pretende solucionar: a) En principio, el traslado de un menor fuera de su entorno habitual; luego, b) 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 tiempo. Es 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.

Agrega que la restitución de menores no puede ser confundida con la 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.

CUARTO.- Existen excepciones que las autoridades judiciales y administrativas del Estado deben contemplar para no ordenar el retorno del menor. Así, el artículo 13 menciona que ello puede no prosperar cuando la persona que la solicita no ejercitaba antes la custodia del

² <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/restitucion-internacional/informe-perez-vera.pdf>

387

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013
LIMA



RESTITUCIÓN DE MENOR

menor; de similar modo, los apartados a) y b) y del mismo artículo 13 consagran como excepción que se ponga en peligro físico o psíquico al menor o lo 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 ella quieran ser utilizadas.

QUINTO.- Que, teniendo en cuenta lo señalado en el considerando anterior, esta Sala Suprema deberá realizar el análisis sobre lo que es materia de controversia. Así tenemos que:

- 1) La Sala Superior sostiene que, mediante la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con la finalidad de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, los Estados signatarios elaboraron reglas y procedimientos que permitan garantizar su restitución inmediata al Estado en el cual tenga su residencia habitual, estableciéndose normas básicas para determinar en qué circunstancias la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor al país de su residencia habitual, así como aquellas en las que dicha autoridad no está obligada a ordenarlas.
- 2) Que, el artículo 3 y siguientes del Convenio establece que "el traslado" o "la retención" de un menor se considera ilícitos: a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.
- 3) Que, el artículo 12 establece que: a) cuando hubiere transcurrido un periodo menor a un año desde el momento en que se produjo el traslado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. NRO. 3924.2013.
LIMA

RESTITUCIÓN DE MENOR

o la retención ilícita de un menor, la autoridad competente ordenara la restitución inmediata del menor, b) que aún después de que se hubieran iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, ordenará la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.

SEXTO.- En el segundo caso, la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor no está obligada a ordenar la restitución del menor, si la persona que se opone a su restitución demuestra: a) que la persona que se hubiese hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, en el momento que fue trasladado o retenido o había retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, b) que exista 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, o c) 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.

SÉTIMO.- Que, en tal sentido, es necesario tener en cuenta el principio relacionado al interés superior del niño³ y estando a que de los actuados se puede advertir que si bien el treinta y uno de enero de dos mil once, nació la menor en Estados Unidos de Norteamérica; también es cierto que tan solo vivió siete meses en ese país, pues el veintiséis de agosto de dos mil once, sale en compañía de su madre, ante la amenaza por parte del padre de la menor, de llevársela. Siendo importante tener en cuenta los motivos por lo que la madre de la menor se vio obligada a dejar ese país,

³ El Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, recoge el principio de interés superior del niño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. NRO. 3924.2013.
LIMA

RESTITUCIÓN DE MENOR

ante el temor que significó para ella, que el padre de la menor le mencionara que había solicitado la tenencia, lo cual se ha corroborado con la orden de custodia judicial de emergencia dictada por el Condado de Wake del Estado de Carolina del Norte, el treinta de agosto del mismo año y con la expedición del pasaporte de la menor, el mismo que fue expedido en fecha cercana a la de arribo a Perú. Así mismo, el temor que significaba quedarse sin domicilio, porque el actor le manifestó que devolvería el departamento que alquilaban y, es en tal escenario que la demandada, pide ayuda a sus padres para regresar al Perú, lo cual finalmente ocurre el veintiséis de agosto de dos mil once, fecha en la que como se ha mencionado, la menor tenía siete (07) meses de nacida.

OCTAVO.- Que, es preciso revisar lo que expuso la ponente en el Informe aludido en el segundo considerando, "la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. NRO. 3924.2013



RESTITUCIÓN DE MENOR

NOVENO.- De la revisión de las normas cuya infracción se denuncia, se advierte respecto del artículo 3 de la Convención que están relacionadas a los supuestos de traslado o de retención de menores de modo ilícito; en el caso del artículo 12 de la Convención, se hace la salvedad de que cuando el menor haya quedado integrado en su nuevo ambiente, no será posible la restitución del mismo. Al respecto se puede afirmar que la menor al encontrarse en Perú desde los siete meses de edad, en el seno de la familia materna, es lógico que haya desarrollado vínculos muy estrechos, toda vez que con ellos convive; en consecuencia nos encontramos en la salvedad prevista en la norma, al encontrarse la menor integrada a su nueva familia, debiendo precisar que a la fecha de emisión de la presente resolución, ya cuenta con tres años de edad.

De otro lado, también se denuncia la infracción del artículo 13 de la Convención, apreciándose que tal como lo señala 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: **inciso 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.

DÉCIMO.- De lo expuesto, se dan los supuestos para declarar fundada la casación, pues la interpretación efectuada por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima a los articulados de la Convención, no se ajustan a ella. Habiéndose emitido sentencia incorrecta, debido a que no se encuentra acreditada la sustracción ilícita de la menor de su residencia habitual y la necesidad de su restitución.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE



CAS. NRO 3924-2013

RESTITUCIÓN DE MENOR

VI. DECISIÓN

A) Por tales consideraciones, esta Sala Suprema, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396°, primer párrafo, acápite 1), del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364: Declara **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por [REDACTED], por la infracción normativa de los artículos 3°, 12° y 13° del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción Internacional de menores, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha seis de setiembre del dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y siete y siguientes, expedida por la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

B) **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA: REVOCARON** la sentencia apelada de fojas doscientos treinta y siete su fecha dieciséis de abril de dos mil trece, que declara **fundada** la demanda de restitución de menor; y **reformándola** la declararon **INFUNDADA**.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contra [REDACTED] Restitución de menor. Interviene como ponente la señora Juez Supremo **Estrella Cama**.

SS.

ALMENARA BRYSON
TELLO GILARDI
ESTRELLA CAMA
RODRÍGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

10/8 MAY 2013
Lrr/sg.

16° JUZGADO FAMILIA
 EXPEDIENTE : 16442-2011-0-1801-JR-FC-16
 MATERIA : POR DEFINIR
 ESPECIALISTA : LLONTOP TRUJILLO, ZOILA AGUSTI
 MINISTERIO PUBLICO : DECIMA SEXTA FISCALIA PROVINCIAL DE
 FAMILIA DE LIMA ,
 DEMANDADO : [REDACTED]
 DEMANDANTE : MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL EN
 SU CALIDAD DE AUTORIDAD CENTRAL PERUANA ,

348
 Fidei
 Autho

Resolución Nro. 15
 Lima, veintisiete de Mayo del dos mil quince.-

05
 20

Por recibidos los autos principales mas un incidente de apelación devueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República: Cúmplase lo ejecutoriado, y estando a lo resuelto por el Superior Jerárquico habiéndose declarado INFUNDADA la demanda, y advirtiéndose que conforme se aprecia del análisis de autos, no existen pretensiones pendientes de ejecutar, en consecuencia; **SE RESUELVE:** ordenar el **ARCHIVO DEFINITIVO** de los presentes autos con sus incidentes.- Notificándose:

PODER JUDICIAL
 Dra. MARIA EDITH...
 16° Juzgado de Familia
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
 ZOILA A. LLONTOP TRUJILLO
 ESPECIALISTA LEGAL
 16° Juzgado Especializado de Familia de Lima
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA