

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

SUMILLA: No obstante la retención ilícita del menor, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone demuestra que 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.

Artículo 13 del Convenio Sobre Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Haya.

Lima, seis de setiembre de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil quinientos noventa de dos mil quince; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. ASUNTO:

Se trata del recurso de casación, interpuesto por la demandada Sandra Jennifer Bazán Agreda, contra la sentencia de vista contenida en la resolución número siete, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y seis, de fecha treinta y uno de julio de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada contenida en la resolución número veintidós, de fecha diecisiete de marzo de dos mil catorce de fojas trescientos ochenta y siete que declara fundada la demanda de restitución internacional de menor de edad.

II. ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

Se aprecia que a fojas sesenta y seis, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en representación del ciudadano David Romero Cidoncha,

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

interpone demanda de restitución internacional al País de España de la niña Jennifer Isabel Romero Bazán, por ser ese su país de residencia habitual y por estar siendo retenida ilícitamente, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores del año 1980, refiriendo que:

- 1.1. Contrajo matrimonio con Sandra Jennifer Bazán Agreda, el nueve de mayo de dos mil siete, en Lima – Perú y fruto de esa relación procrearon a la niña Jennifer Isabel Romero Bazán, fijando como domicilio la Carretera de Sabadell N°50, 1°2° de Castellas de Valles, Barce lona – España.
- 1.2. Indica que su familia se estableció en España y luego de seis años de matrimonio, se divorció en el citado país el día cuatro de febrero de dos mil trece.
- 1.3. En la sentencia de divorcio, se concedió a la demandada una autorización de viaje a Perú para la niña, desde el veintinueve de noviembre de dos mil doce hasta el diecisiete de enero de dos mil trece, debido a que el padre cuenta con derecho a un régimen de visitas en España.
- 1.4. De los documentos que señala el demandante, se acredita el arraigo de su hija a su lugar de residencia habitual: España, donde vivió hasta que fue retenida ilegalmente en el Perú, incumpliendo con la fecha de retorno pactado en la autorización de viaje y con decisión de la Jueza Española que le negó una ampliación de estadía de la niña en el Perú.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sandra Jennifer Bazán Agreda contesta la demanda por escrito de fojas ciento cuarenta y cinco, en base a los siguientes términos:

- 2.1. Trasladó a su hija Jennifer Isabel Romero Bazán a Perú debido a la existencia del grave peligro físico y psíquico al que estaba expuesta la menor.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

- 2.2.** Por decisión de ambos y con la finalidad de hacer vida familiar, viajaron a España, donde convivió con su ex esposo y sus padres el primer año, tiempo en que sufrió malos tratos y discriminación por ser extranjera, por parte de la madre del demandante; el segundo año de matrimonio se mudan a vivir (los tres) en el domicilio de Castellar de Valles, propiedad del padre de su hija.
- 2.3.** Al mudarse a vivir solos, su ex esposo empezó a agredirla psicológicamente y físicamente conforme lo acreditaría en la diligencia N° 5423779/2012 AT PLCASTVALL realizado en España, le propinaba golpes que marcaban su rostro y la insultaba delante de la menor, abandonando el hogar por muchos días y manteniéndose comunicado únicamente por Internet.
- 2.4.** El Estado Español a través del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N°01 de Sabadell, en un procedimiento de medidas provisionales dicta un auto por el que establece que la patria potestad es compartida, guarda y custodia para la madre y un régimen de visitas para el padre, autorizándola a viajar con su menor hija al Perú desde del veintinueve de noviembre de dos mil doce hasta el diecisiete de enero de dos mil trece.
- 2.5.** En el mes de enero, antes de la culminación de la autorización, solicitó una ampliación de estadía, en razón que no le es posible retornar a España, debido a que no contaba con el dinero para retornar, comunicándole al padre de su padre, sin recibir respuesta favorable o alguna ayuda económica de parte de éste.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez mediante resolución número 22, de fecha diecisiete de marzo de dos mil catorce, de fojas trescientos ochenta y siete, declaró fundada la demanda,

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

ordenando la restitución inmediata de la niña Jennifer Isabel Romero Bazán a España, bajo los siguientes fundamentos:

- 3.1.** En el presente caso, la menor Jennifer Isabel Romero Bazán nació en el Perú el nueve de mayo de dos mil siete; posteriormente la familia se estableció en España, realizando sus estudios en dicho país, donde se estableció la patria potestad compartida, la guarda de la menor a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre.
- 3.2.** Por sentencia de fecha diez de octubre de dos mil trece, fecha posterior al traslado hacia Perú, se confirmó la guarda y custodia a favor del padre, encontrándose acreditada que la residencia habitual de la menor antes del viaje a Perú era en España.
- 3.3.** De autos se desprende que si bien en la fecha del viaje la madre ostentaba provisionalmente la guarda de su menor hija, también es cierto que el padre contaba con un régimen de visitas y la madre tenía la obligación de retornar a España en la fecha indicada, diecisiete de enero de dos mil trece, retorno que no cumplió la demandada infringiendo el derecho de visitas que le asistía al demandante por entonces, y actualmente continuando con la retención ilícita al infringirse el derecho de custodia, máxime si la demandada tiene pleno conocimiento que su pedido de ampliación de viaje fue denegado.
- 3.4.** En cuanto a la excepción alegada por la demandada, esto es, el exponer a la menor a un grave peligro físico y psíquico en caso de disponerse el retorno a España, tenemos que la demandada, fundamenta dicha excepción en haber sido víctima de agresión física y psicológica, ella y su menor hija, por parte del demandado.
- 3.5.** Así tenemos, que en la audiencia de fecha diecinueve de agosto de dos mil trece, la menor Jennifer Isabel Romero Bazán, refirió tener 06 años de edad y que acude al Colegio Nuestra Señora del Pilar, vive con su mamá y sus dos abuelos, el nombre de sus padres es Sandra y David, que su papá está

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

en España, que habla con su papá por cámara y que primero él la llama por teléfono y ella prepara la cámara, pero no sabe que tiene porque hace dos días le dijo que la llamaría al día siguiente, y no la llamó, que hace como una semana o días que no habla con su papá, vivía en Castellar de Valles, que no le gustaba el colegio en España porque habían dos niñas que la molestaban y pegaban (...) cuando hacía frío su papá no dejaba prender la calefacción y cuando hacía calor no quería que prendan el aire acondicionado, porque su papá decía que se gastaba mucho, solo la dejaba dormir con un pequeño ventilador (...) que no extraña a su papá porque habla con él por cámara, que cuando ella quería jugar, su papá no quería, y cuando él si quería, ella no, (...) que sus padres se llevan más o menos, porque a veces se pelean, un día su papá salió gritando porque ella estaba con meningitis, su mamá fue a buscar a su papá porque vivía al lado en la casa de sus abuelos, porque ellos se encontraban separados, ese día que estaba con meningitis vio una sombra que forcejeaba con sus manos en el cuello de su madre y otro día también le metió un puñete en la rodilla (...) que su papá ha venido de España a Perú más de siete veces y vino a llevarla pero no sabe que pasó.

3.6. En la Audiencia también se le preguntó si le gustaría viajar a España y la menor respondió; *“No, porque si voy ya no voy a poder volver y ya no voy a tener mamá, porque mi papá no me dejará venir, voy a extrañar a mi mamá. Y mi papá quiere llevarme allá, porque tiene otra mujer, y quiere que ella sea mi nueva mamá. Mi mamá me contó que fue a ver a una señora adivina que presiente cosas y la adivina dijo que mi papá tiene otra mujer, eso me dijo mi mamá...”*

3.7. De lo antes expuesto, se advierte que los motivos que expresa la menor para no querer regresar a vivir a España, se basan en lo que su madre le ha señalado y la menor repite lo que ella le dijo. Siendo así, lo sostenido por la menor obedece a un comportamiento habitual en cualquier menor de

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

esa edad cuyas respuestas son el resultado de los comentarios que recibe de su entorno, así la frase utilizada por la niña *“una señora adivina que presiente cosas”*, no son adjetivos que utilicen niños de 06 años, percibiéndose que la menor está siendo influenciada por su madre a rechazar a su padre, incentivándole el miedo de no volver a verla y que su padre la sustituya con el supuesto segundo compromiso de su padre.

3.8. La demandada no ha cumplido con adjuntar sentencia donde el señor Romero Cidoncha (demandante) haya sido condenado por violencia familiar, tal como lo afirmó en su contestación; muy por el contrario, ha señalado en reiteradas oportunidades que fue ella quien retiró la denuncia contra él.

3.9. Se advierte que la menor ha sido retenida ilícitamente por su progenitora, en razón que si bien el demandante autorizó el viaje de la menor, también lo es que la señora Bazán Agreda no retornó a la menor en la fecha indicada, pese a que tenía pleno conocimiento que su solicitud de ampliación de viaje fue rechazado por las autoridades españolas, más aún si la guarda y custodia de la niña Jennifer Isabel Romero Bazán, lo ostenta actualmente el padre de la menor, concluyéndose que hubo una retención ilícita de menor, y ante la no existencia de grave riesgo que la restitución de la menor la exponga a un peligro psíquico o de cualquier otra manera la exponga a una situación intolerable, resulta amparable su demanda.

4. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número 07 de fecha treinta y uno de julio de dos mil quince, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y seis, confirma la sentencia apelada por el cual se ordena la restitución inmediata de la menor al país de España; sustentando que:

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

- 4.1. De las pruebas que se han detallado se concluye que la niña venía desarrollándose en el hogar señalado por los padres en dicho país, había iniciado sus estudios escolares y venía desarrollándose con arreglo a su corta edad, no obstante lo cual sus actividades y estudios fueron suspendidos por decisión unilateral de la progenitora; que si bien se autorizó su viaje al país, la demandada no cumplió con retornarla a su país de residencia, conforme se ordenó en el auto de medidas provisionales del cual ella acepta que tuvo pleno conocimiento -fojas veintiocho a treinta y tres- razón por la cual, ante tal incumplimiento, la autoridad extranjera mediante sentencia N° 22/2013 – fojas diecisiete a veintiséis-, decidió atribuir la guarda y custodia de la menor a favor del demandante, esto es, la propia conducta de la madre, ha conllevado la decisión de la autoridad, ante su evidente e injustificado incumplimiento.
- 4.2. Si bien la demandada alega que no se ha tenido en cuenta lo manifestado por la menor así como tampoco el daño físico y psicológico que se le causaría si es trasladada a otro país, cabe señalar al respecto que si bien la niña ha declarado que no le gustaría viajar a España por cuanto teme que su padre no le permita ver a su madre, señalando que tiene otra mujer y que esta sería su nueva madre, *estas referencias o versiones no son atribuibles a la propia niña dada su edad, sino a la influencia de su progenitora al haberle ella comentado tales supuestos*, pero a pesar de ello, del resultado de su evaluación psicológica, no se advierte daño emocional alguno, sino que por el contrario se trata de una niña alegre, vivaz que cuenta con estrategias para establecer sus relaciones interpersonales, además de haberse demostrado tener conocimiento de los conflictos que existen entre sus padres, los que relata como cualquier evento, identificándose con ambos, y expresando su afecto por los dos, reconociendo que extraña a su progenitor, por lo tanto lo alegado por la demandada ha quedado desvirtuado.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

4.3. Se toma en consideración que la madre no ha procedido a buscar una decisión de consenso con el progenitor, a pesar de que se le había otorgado la tenencia por la autoridad judicial española, vulnerando el mandato expreso, lo cual determinó fuera variada la tenencia, por haber incumplido con retornar a la menor a su país de residencia, cambiando con ello su centro de vida, afectando los derechos del demandante por su decisión unilateral; que a ello debe agregarse que ella no ha demostrado, inexistencia de condiciones o garantías para la niña en el hogar de residencia habitual que ambos fijaron, sino todo lo contrario, por lo que corresponde ratificar la recurrida.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

Es necesario establecer si en los temas de restitución internacional de menores, el Estado requerido está en la obligación de ordenar la restitución del menor cuando exista de por medio peligro grave físico o psíquico que ponga al menor en una situación intolerable

IV. FUNDAMENTOS:

PRIMERO.- Por auto de calificación de fecha uno de abril de dos mil dieciséis se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de:

i) Infracción normativa del artículo 122 inciso 3) del Código Procesal Civil.

Dado que la sentencia de vista contiene varios vicios de motivación que implican además vulneración al debido proceso; vicios tales como: **a)** En el considerando décimo la Sala concluye porqué España es la residencia habitual de la menor, y para ello toma en cuenta exclusivamente la estadía de la menor en España, que fue desde los seis meses hasta los seis años, y solamente se pronuncia sobre los documentos que dan cuenta que la menor estudió en

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

España; sin embargo omite pronunciarse respecto de los argumentos de la recurrente, respecto a que la residencia habitual de la menor es Perú y no España, limitándose a hacer referencia al argumento de la parte demandante y a sus medios probatorios, soslayando por completo el argumento de la recurrente expuesto y sustentado en su recurso de apelación. Indica que ha sostenido que la residencia habitual de la menor es en Perú con ella, quien ha tenido la custodia de la menor y a la fecha viven en Perú por casi tres años, habiendo presentado certificados de estudios que acreditan que la menor se viene desarrollando con normalidad y total arraigo en Perú, su cultura y su entorno familiar; lo que no ha sido respondido por la instancia de mérito, afectando el principio de congruencia e incurriéndose en motivación insuficiente al no establecerse por qué la residencia habitual de la menor no es el Perú. Agrega que la Sala no ha expuesto las razones de hecho y de derecho que sustente que el Perú no pueda ser considerado la residencia habitual del menor. **b)** La Sentencia de vista, en el mismo considerando décimo, valora la sentencia N° 22/2013 expedida por el Tribunal Español, y la cita indicando que “(...) ante tal incumplimiento, la autoridad extranjera mediante sentencia N° 22/2013 decidió atribuir la guarda y custodia de la menor a favor del demandante (...)” siendo determinante para la decisión que adopta, al señalar que el padre al tener la custodia, corresponde se proceda a la restitución; sin embargo no ha considerado que la mencionada sentencia no ha sido reconocida y por tanto no puede ser ejecutada en el Perú, y por ende, no tiene ningún efecto, ni mucho menos incidencia en las consideraciones a merituar por un órgano jurisdiccional nacional; lo que se encuentra probado con la partida de matrimonio de las partes, en las que se acredita que no existe anotación de divorcio. Reitera que la referida sentencia extranjera que disuelve el vínculo matrimonial entre las partes y otorga la custodia de la menor al demandante, no ha sido sometida al proceso de “*exequátur*” regulado en el artículo 2104 del Código Civil. Acota que, la sentencia en cuestión también ha

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

sido valorada por el Juzgado en los considerandos 21 y 29; **c)** En el considerando décimo primero, se indica que el argumento de la recurrente relativo a que el retorno a España generará en la menor daños físicos y psicológicos, ha sido desvirtuado indicando que el relato de la menor no son atribuibles a ella por su edad y que la evaluación psicológica no advierte daño emocional; sin embargo ha obviado un aspecto muy importante, que es la **vinculación afectiva que actualmente tiene con la madre**; **d)** La Sala al pronunciarse sobre la declaración de la menor, únicamente ha tenido en cuenta la parte donde aquélla hace referencia a lo que su mamá le dijo, obviando que en la **entrevista la menor manifiesta y evidencia que no quiere, ni puede alejarse de su mamá, no concibe la idea de no verla más**; es decir la Sala ha efectuado una inadecuado y recortado análisis de la declaración de la menor y de la pericia psicológica

ii) Infracción de los artículos IX y X del Título Preliminar y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Arguye la recurrente que, la Sala no tiene en cuenta el Interés Superior de la menor, previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes concordante con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño; pues al ordenarse la restitución de la menor se está privando a la menor de la figura materna y más que eso del progenitor con quien más ha convivido la menor, lo cual es regla y criterio fundamental para el otorgamiento de toda tenencia, según lo dispone el artículo. 84 del Código de los Niños y Adolescentes; criterio que también fue considerado por el Tribunal Español cuando le otorgó inicialmente la guarda y custodia a la madre, ahora demandada, toda vez que, a diferencia del padre, la recurrente no cuenta con recursos para su traslado a España.

Precisa que, la Sala no ha tomado en cuenta el protocolo de **pericia psicológica** citado en el considerando noveno, y conforme al cual se evidencia que la menor tiene una mayor vinculación afectiva con la madre, a la que

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

percibe como fuente de afecto y que está a su lado cuando la necesita. Agrega que la Sala no ha considerado el grave daño psicológico que ocasionará a la menor al privarla de la presencia materna, con su restitución a España. Reitera que la Sala ha efectuado un inadecuado y recortado análisis de la declaración de la menor y de la pericia psicológica, al no valorar la **estrecha vinculación entre la menor y su madre recurrente**, lo que además configura un vicio de motivación interna del razonamiento, en la medida que la conclusión de la Sala consistente en que no existirían daños por el traslado de la menor a otro país, no se condice con los documentos que sustentan dicha conclusión.

SEGUNDO.- Cuando se invocan en forma simultánea agravios consistentes en la infracción normativa procesal e infracción normativa sustantiva que inciden directamente sobre la decisión de la resolución impugnada, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto del segundo agravio denunciado, atendiendo a que, de ampararse el primero deberá declararse la nulidad de la resolución impugnada y ordenarse que se expida un nuevo fallo.

TERCERO.- En ese sentido, corresponde analizar la infracción procesal del artículo 122 inciso 3) del Código Procesal Civil referidas a “La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”.

CUARTO.- El principio de motivación de los fallos judiciales constituye una exigencia que está regulada como garantía constitucional, consagrada en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, el cual asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias, ella resguarda a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias de los jueces, quienes de ese modo no pueden ampararse en imprecisiones subjetivas, ni decir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas en que sostienen sus juicios y a valorarlas

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

racionalmente; en tal sentido, la falta de motivación no puede consistir, simplemente, en que el juzgador no exponga la línea de razonamiento que lo determina a decidir la controversia, sino también en no ponderar los elementos introducidos en el proceso de acuerdo con el sistema legal, es decir, **no justificar suficientemente la parte resolutive** de la sentencia a fin de legitimarla. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que *El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso” (Cas. N°1730-2013-Del Santa).*

QUINTO.- Bajo estos parámetros y de la revisión de las sentencia de mérito, tenemos que la decisión adoptada se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, por lo que no se advierte trasgresión alguna al principio de debida motivación de las sentencias, no se afecta la lógica, ni se vulnera el derecho a probar en cualquiera de sus vertientes. Es decir, su pronunciamiento se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, por lo que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues se ha cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final, en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha arribado no puede ser causal para cuestionar la motivación; lo que no significa que no pueda existir un criterio distinto para arribar a una conclusión diferente a la que ha planteado la Sala Superior, sin que ello implique ausencia o defecto en la motivación de la sentencia de vista. En consecuencia, la infracción normativa procesal debe ser **desestimada** en todos sus extremos.

SEXTO.- En relación a la infracción normativa sustantiva, contenida en el segundo (ii) agravio, esto es la infracción normativa de los artículos IX, X y 84

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

del Título Preliminar del Código de los Niños y de los Adolescentes concordante con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, tenemos que estas normas regulan el Principio de Interés del Niño y del Adolescente así como que los procesos en que están involucrados los niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos. Ahora, bien, dada la trascendencia de los derechos en debate debe realizarse precisiones y alcances sobre la normatividad vigente.

SÉTIMO.- En efecto, el Convenio de la Haya del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado multilateral que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su propia restitución al país de residencia habitual, Convención a la cual se ha adherido el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27302 del siete de julio de dos mil y ratificada mediante Decreto Supremo N° 023-2000-RE de fecha uno de agosto del mismo año y publicado al día siguiente.

OCTAVO.- En el contexto descrito, se advierte en línea de principio que el referido Convenio no versa sobre competencia judicial ni de derecho aplicable ni de reconocimiento de decisiones extranjeras, solo es un Convenio que establece sistemas de Cooperación de autoridades y una acción eficaz para el retorno inmediato del menor reclamado al país de su residencia habitual, esta es pues la verdadera naturaleza y objetivo de dicho instrumento internacional.

NOVENO.- Una cuestión igualmente importante que conviene precisar es que el Perú resulta además ser Estado Parte de los siguientes instrumentos internacionales estrechamente vinculados al presente tema: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 28246 del diecisiete de mayo de dos mil cuatro y ratificada por el Decreto Supremo N° 058-2004-RE del nueve de setiembre de dos mil cuatro y

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

publicada al día siguiente; así como de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25278 de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa publicada al día siguiente. También deben tenerse presente los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

DÉCIMO.- En el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980) se plasmaron los mecanismos normativos a efectos de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita – apartado a) del artículo 1 del Convenio -; también en el ámbito del sistema interamericano se ha proclamado vía la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989) un mecanismo similar cuando se afirma en su artículo 1 que la Convención tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencial 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.

DÉCIMO PRIMERO.- Dentro del procedimiento de restitución previsto en el Capítulo III, artículos 8 al 20 del Convenio de la Haya ya citado (1980), se debe destacar en principio la acreditación de dos tipos de cuestiones: por un lado, el derecho de quien hace la solicitud que se deriva de la titularidad de la custodia del menor y del hecho de estar residiendo con él, y de otro lado, la ilícita sustracción o retención por el otro padre. Para esos efectos, se entiende que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado.

DÉCIMO SEGUNDO.- En la situación de hecho propuesta y debatida por las partes en conflicto y establecida en las decisiones jurisdiccionales de mérito no se advierte que se den los supuestos fácticos contenidos en la normatividad supranacional que se cita.

DÉCIMO TERCERO.- Un principio cardinal dentro del ámbito de protección del menor es el referido al Principio de Interés Superior del Niño contemplado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Este principio fue reconocido por la Declaración de los Derechos del Niño (1959) anteriormente citado, que en su numeral 2, entre otros 10 aprobados, establece que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Normatividad que resulta concordante con lo dispuesto en el artículo 3, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) también ya citada, en cuanto dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

DÉCIMO CUARTO.- Se debe tener en cuenta que conforme al artículo 13 del Convenio Sobre Los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores de la Haya (1980), no obstante la retención ilícita del menor, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

ordenar la restitución del menor si quien se opone demuestra que: “ (...) 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” (el resaltado es nuestro); lo cual tampoco ha sido analizado.

DÉCIMO QUINTO.- Por consiguiente, es evidente que el interés superior del menor resulta ser aquel principio rector que el impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas aseguren rápida y eficazmente la protección de los niños, sino que además debe ser el factor de inspiración en las decisiones que sobre restitución internacional deban adoptarse, por tanto, dicho principio solamente resultará eficaz en la medida que la determinación se tome con prontitud y diligencia.

DÉCIMO SEXTO.- Finalmente es necesario establecer la concordancia que existe entre el artículo 4 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú (1993), por cuanto de estos preceptos normativos surge la especial protección que la comunidad y el Estado deben procurar a los derechos e intereses del niño.

DÉCIMO SÉTIMO.- Retomando el razonamiento del interés superior del niño y a la trascendencia humana de su tratamiento, debe describirse en forma objetiva la situación actual de la menor cuya restitución internacional se pretende, la misma que vivió en España hasta los 05 años y durante los 04 años siguiente en Perú, edad en la que tiene mayor sentido de lo que sucede en su entorno, es decir, que el centro de gravedad de sus afectos y vivencias actuales se encuentra en nuestro territorio; aunado a que de la declaración de la menor y de la pericia psicológica que se le ha practicado se advierte que la menor tiene un profundo apego a su madre, por otro lado, ha manifestado no querer regresar a España, a lo que se adiciona, el hecho que, tal como lo ha valorado la sentencia extranjera que inicialmente otorgó la custodia a la menor, a la madre, *la menor ha estado caso todo el tiempo con la madre y muy poco tiempo*

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

con el padre quien ya se había retirado del hogar conyugal, y a la fecha del viaje de la madre e hija, ellos estaban separados. Entonces, si lo que queremos es evitar el grave peligro psíquico, expuesto en el décimo cuarto considerando, entendida como aquella circunstancia, que sin afectar su integridad física, coloque a la menor frente a un hecho que pueda dañar su psiquis o salud mental, lo más conveniente es que se quede con su madre, ya que apartarse de su lado sería dañino, no solo porque se identifica con su género, sino porque está totalmente convencida que si viaja a España con su padre, no volverá a ver a su madre (ver fojas doscientos veintiocho): “no me gustaría viajar a España, porque no voy a poder volver a tener a mi mamá, porque mi papá no me dejará venir, voy a extrañar a mi mamá, y mi papá quiere llevarme allá porque tiene otra mujer, y quiere que ella sea mi nueva mamá (...)”

DÉCIMO OCTAVO.- En ese orden de ideas, ha de prevalecer el primordial interés superior de la menor cuya restitución internacional se reclama conforme al **artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño** y en consonancia con lo señalado en el preámbulo de la Convención de la Haya en cuanto establece que los intereses del menor resultan ser de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia.

DÉCIMO NOVENO.- Debe considerarse negativo a su estado emocional la alteración de su vida escolar, social y familiar que se producirá al ser trasladada a España, sobre todo si se tiene en cuenta que en la actualidad solo supera los 09 años de edad.

VIGÉSIMO.- Finalmente debe considerarse que de acuerdo al artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en su literal a) establece que *el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable.*

VIGÉSIMO PRIMERO.- Por todo lo expuesto debe estimarse que se ha producido en el presente proceso la infracción normativa de los artículos IX y X

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

del Título Preliminar y artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

V. DECISIÓN:

Esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado por el artículo 396 del Código Procesal Civil, con lo expuesto por la Fiscal Adjunta Suprema, declara:

a) FUNDADO el recurso de casación de fojas cuatrocientos noventa y cinco interpuesto por Sandra Jennifer Bazán Agreda, en consecuencia, **NULA** la recurrida de fecha treinta y uno de julio del 2015, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y seis; y **actuando en sede de instancia REVOCARON** la apelada contenida en la resolución número veintidós que declara **fundada** la demanda de restitución internacional; y, **REFORMANDO** la declaró **INFUNDADA**.

b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en Representación de David Romero Cidoncha con Sandra Jennifer Bazán Agreda, sobre restitución internacional de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor **De la Barra Barrera**. Por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi integra esta Suprema Sala el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.

SS.

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

Ksj/Bag

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

Lima, seis de septiembre de dos mil dieciséis.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número tres mil quinientos noventa - dos mil quince en Audiencia Pública de la fecha, de conformidad con el Dictamen número 80-2016-MP-FN-FSC presentado el veintidós de julio de dos mil dieciséis por la Fiscalía Suprema en lo Civil del Ministerio Público, corriente de fojas noventa y ocho a ciento ocho del Cuaderno formado en esta Sala Suprema, y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

I. ASUNTO:

Se trata del Recurso de Casación interpuesto por la demandada Sandra Jennifer Bazán Agreda contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución número siete del treinta y uno de julio de dos mil quince, obrante a fojas cuatrocientos sesenta y seis a cuatrocientos setenta y uno, emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de primera instancia contenida en la resolución número veintidós del diecisiete de marzo de dos mil catorce, corriente de fojas trescientos ochenta y siete a cuatrocientos tres, que declara fundada la demanda de restitución internacional de menor de edad.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL PROCESO:

Demanda

De fojas sesenta y seis a setenta y cinco corre la demanda interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en representación del ciudadano español David Romero Cidoncha, para la restitución internacional al Reino de

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

España de la niña de iniciales J.I.R.B., por ser ese su país de residencia habitual y por estar siendo retenida ilícitamente, conforme a lo previsto en el Artículo 3° de la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores del año 1980. Se refiere que: i) contrajo matrimonio con Sandra Jennifer Bazán Agreda el nueve de mayo de dos mil siete, en Lima - Perú, y fruto de esa relación procrearon a la niña de iniciales J.I.R.B., fijando como domicilio la Carretera de Sabadell número 50, 1° 2° de Castellar del Valles, Barcelona - España; ii) su familia se estableció en España y luego de seis años de matrimonio se divorció en el citado país el cuatro de febrero de dos mil trece; iii) en la sentencia de divorcio se concedió a la demandada una autorización de viaje a Perú para la niña, desde el veintinueve de noviembre de dos mil doce hasta el diecisiete de enero de dos mil trece, debido a que el padre cuenta con derecho a un régimen de visitas en España; y, iv) de los documentos que señala el demandante se acredita el arraigo de su hija a su lugar de residencia habitual: España, donde vivió hasta que fue retenida ilegalmente en el Perú, incumpliendo con la fecha de retorno pactado en la autorización de viaje y con decisión de la Jueza Española, que le negó una ampliación de estadía de la niña en el Perú.

Contestación de la demanda

La demandada Sandra Jennifer Bazán Agreda contesta la demanda por escrito corriente de fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cincuenta y uno, sosteniendo que: i) trasladó a su hija de iniciales J.I.R.B. a Perú debido a la existencia del grave peligro físico y psíquico al que estaba expuesta la menor; ii) por decisión de ambos y con la finalidad de hacer vida familiar viajaron a España, donde convivió con su ex esposo y sus padres el primer año, tiempo en que sufrió malos tratos y discriminación por ser extranjera, por parte de la madre del demandante; el segundo año de matrimonio se mudaron a vivir (*los tres*) en el domicilio de Castellar del Valles, propiedad del padre de su hija; iii) al mudarse a vivir solos su ex esposo empezó a agredirla psicológica y físicamente, como lo acreditaría en la diligencia número 5423779/2012 AT PLCASTVALL realizada en España, le

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

propinaba golpes que marcaban su rostro y la insultaba delante de la menor, abandonando el hogar por muchos días y manteniéndose comunicado únicamente por la Internet; iv) el Estado Español a través del Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 01 de Sabadell, en un procedimiento de medidas provisionales, dicta un Auto por el que establece que la patria potestad es compartida, guarda y custodia para la madre y un régimen de visitas para el padre, autorizándola a viajar con su menor hija al Perú desde del veintinueve de noviembre de dos mil doce hasta el diecisiete de enero de dos mil trece; y, v) en el mes de enero de dos mil trece, antes de la culminación de la autorización, solicitó una ampliación de estadía, en razón que no le era posible retornar a España, debido a que no contaba con el dinero para ello, comunicando el hecho sin recibir respuesta favorable o alguna ayuda económica de parte del padre.

Sentencia de primera instancia

El Décimo Sexto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución número veintidós del diecisiete de marzo de dos mil catorce, obrante de fojas trescientos ochenta y siete a cuatrocientos tres, declaró fundada la demanda, ordenando la restitución inmediata de la niña de iniciales J.I.R.B. a España, bajo los siguientes fundamentos: **i)** en el presente caso la menor de iniciales J.I.R.B. nació en el Perú el nueve de mayo de dos mil siete y posteriormente la familia se estableció en España, realizando sus estudios en dicho país, donde se fijó la patria potestad compartida, la guarda de la menor a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre; **ii)** por sentencia del diez de octubre de dos mil trece, fecha posterior del traslado hacia Perú, se confirmó la guarda y custodia a favor del padre, encontrándose acreditada que la residencia habitual de la menor antes del viaje a Perú era en España; **iii)** de autos se desprende que si bien en la fecha del viaje la madre ostentaba provisionalmente la guarda de su menor hija, también es cierto que el padre contaba con un régimen de visitas y la madre tenía la obligación de retornar a España en la fecha indicada, diecisiete de enero de dos mil trece, retorno que no cumplió, infringiendo el

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

derecho de visitas que le asistía al demandante, continuando actualmente con la retención ilícita al infringirse el derecho de custodia, máxime si la demandada tiene pleno conocimiento que su pedido de ampliación de viaje fue denegado; **iv)** en cuanto a la excepción alegada por la demandada, esto es el exponer a la menor a un grave peligro físico y psíquico en caso de disponerse el retorno a España, tenemos que la accionada fundamenta dicha excepción en haber sido víctima de agresión física y psicológica, ella y su menor hija, por parte del demandado; **v)** así tenemos que en la Audiencia de fecha diecinueve de agosto de dos mil trece, la menor de iniciales J.I.R.B. refirió tener seis años de edad y que acude al Colegio Nuestra Señora del Pilar, vive con su mamá y sus dos abuelos, el nombre de sus padres es Sandra y David, que su papá está en España, que habla con su papá por cámara y que primero él la llama por teléfono y ella prepara la cámara, pero no sabe qué tiene porque hace dos días le dijo que la llamaría al día siguiente, y no la llamó, que hace como una semana o días que no habla con su papá, vivía en Castellar del Valles, que no le gustaba el colegio en España porque habían dos niñas que la molestaban y pegaban, cuando hacía frío su papá no dejaba prender la calefacción y cuando hacía calor no quería que prendan el aire acondicionado, porque su papá decía que se gastaba mucho, solo la dejaba dormir con un pequeño ventilador, que no extraña a su papá porque habla con él por cámara, que cuando ella quería jugar su papá no quería, y cuando él si quería ella no, que sus padres se llevan más o menos, porque a veces se pelean, un día su papá salió gritando porque ella estaba con meningitis, su mamá fue a buscar a su papá porque vivía al lado en la casa de sus abuelos, porque ellos se encontraban separados, ese día que estaba con meningitis vio una sombra que forcejeaba con sus manos en el cuello de su madre y otro día también le metió un puñete en la rodilla, que su papá ha venido de España a Perú más de siete veces y vino a llevarla pero no sabe qué pasó; **vi)** en la Audiencia también se le preguntó si le gustaría viajar a España y la menor respondió: *“No, porque si voy ya no voy a poder volver y ya no voy a tener mamá, porque mi papá no me dejará venir, voy a extrañar a mi mamá. Y mi papá quiere llevarme allá, porque tiene otra mujer, y quiere que ella sea mi nueva mamá. Mi mamá me contó que fue a ver a una*

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

señora adivina que presiente cosas y la adivina dijo que mi papá tiene otra mujer, eso me dijo mi mamá...”; **vii)** de lo antes expuesto se advierte que los motivos que expresa la menor para no querer regresar a vivir a España, se basan en lo que su madre le ha señalado, y la menor repite lo que ella le dijo. Siendo así, lo sostenido por la menor obedece a un comportamiento habitual en cualquier menor de esa edad, cuyas respuestas son el resultado de los comentarios que recibe de su entorno, así la frase utilizada por la niña *“una señora adivina que presiente cosas”*, no son adjetivos que utilicen niños de seis años, percibiéndose que la menor está siendo influenciada por su madre a rechazar a su padre, incentivándole el miedo de no volver a verla y que su padre la sustituya con su supuesto segundo compromiso; **viii)** la demandada no ha cumplido con adjuntar sentencia donde el ahora demandante haya sido condenado por violencia familiar, tal como lo afirmó en su contestación a la demanda; muy por el contrario, ha señalado en reiteradas oportunidades que fue ella quien retiró la denuncia contra él; y, **ix)** se advierte que la menor ha sido retenida ilícitamente por su progenitora, en razón que si bien el demandante autorizó el viaje de la menor, también lo es que la señora Bazán Agreda no retornó a la menor en la fecha indicada, pese a que tenía pleno conocimiento que su solicitud de ampliación de viaje fue rechazada por las autoridades españolas, más aún si la guarda y custodia de la niña de iniciales J.I.R.B. la ostenta actualmente el padre de la menor, concluyéndose que hubo una retención ilícita de ella, y ante la no existencia de grave riesgo que la restitución de la menor la exponga a un peligro psíquico o de cualquier otra manera a una situación intolerable, resulta amparable la demanda.

Sentencia de Vista

La Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número siete del treinta y uno de julio de dos mil quince, obrante de fojas cuatrocientos sesenta y seis a cuatrocientos setenta y uno, confirma la sentencia apelada por la cual se ordena la restitución inmediata de la menor al país de España, sustentando que: **i)** de las pruebas que se han detallado

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

se concluye que la niña venía desarrollándose en el hogar señalado por los padres en España, había iniciado sus estudios escolares y venía desarrollándose con arreglo a su corta edad, no obstante lo cual sus actividades y estudios fueron suspendidos por decisión unilateral de la progenitora; si bien se autorizó su viaje al Perú, la demandada no cumplió con retornar a la menor a su país de residencia, conforme se ordenó en el Auto de Medidas Provisionales del cual ella acepta que tuvo pleno conocimiento *-fojas veintiocho a treinta y tres-*, razón por la cual, ante tal incumplimiento, la autoridad extranjera mediante sentencia número 22/2013 *-fojas diecisiete a veintiséis-*, decidió atribuir la guarda y custodia de la menor a favor del demandante, esto es que la propia conducta de la madre ha conllevado la decisión de la autoridad, ante su evidente e injustificado incumplimiento; **ii)** si bien la demandada alega que no se ha tenido en cuenta lo manifestado por la menor así como tampoco el daño físico y psicológico que se le causaría si es trasladada a otro país, cabe señalar al respecto que aun cuando la niña ha declarado que no le gustaría viajar a España por cuanto teme que su padre no le permita ver a su madre, señalando que tiene otra mujer y que ésta sería su nueva madre, *estas referencias o versiones no son atribuibles a la propia niña dada su edad, sino a la influencia de su progenitora al haberle ella comentado tales supuestos*, pero a pesar de ello, del resultado de su evaluación psicológica, no se advierte daño emocional alguno, sino que por el contrario se trata de una niña alegre y vivaz que cuenta con estrategias para establecer sus relaciones interpersonales, además de haber demostrado tener conocimiento de los conflictos que existen entre sus padres, los que relata como cualquier evento, identificándose con ambos, y expresando su afecto por los dos, reconociendo que extraña a su progenitor, por lo tanto lo alegado por la demandada ha quedado desvirtuado; **iii)** se toma en consideración que la madre no ha procedido a buscar una decisión de consenso con el progenitor, a pesar que se le había otorgado la tenencia por la autoridad judicial española, vulnerando el mandato expreso, lo cual determinó fuera variada la tenencia, por haber incumplido con retornar a la menor a su país de residencia, cambiando con ello su centro de vida, afectando los derechos del demandante por su decisión unilateral, a lo que debe agregarse que la demandada no ha

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

demostrado la inexistencia de condiciones o garantías para la niña en el hogar de residencia habitual que ambos fijaron, sino todo lo contrario, por lo que corresponde ratificar la recurrida.

III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En el caso concreto la materia jurídica en debate consiste en establecer si en los temas de restitución internacional de menores, el Estado requerido está en la obligación de ordenar la restitución del menor cuando se acredita la existencia de peligro grave físico o psíquico que ponga al menor en una situación intolerable y si en el caso concreto se ha determinado la existencia de esos peligros.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

PRIMERO.- Por Auto de Calificación del uno de abril de dos mil dieciséis, corriente de fojas ochenta y seis a noventa del Cuaderno formado por esta Sala Suprema, se ha declarado procedente el Recurso de Casación interpuesto por la demandada Sandra Jennifer Bazán Agreda por las causales de:

i) Infracción normativa del Artículo 122° inciso 3) de I Código Procesal Civil, al haberse afirmado que la Sentencia de Vista contiene varios vicios de motivación que implican además vulneración al debido proceso, tales como: **a)** en el considerando décimo la Sala Superior concluye porqué España es la residencia habitual de la menor, y para ello toma en cuenta exclusivamente la estadía de ella en ese Reino, que fue desde los seis meses hasta los seis años, y solamente se pronuncia sobre los documentos que dan cuenta que la menor estudió en España; sin embargo omite pronunciarse respecto a los argumentos de la recurrente, relacionados a que la residencia habitual de la menor es Perú y no España, limitándose a hacer referencia al argumento de la parte demandante y a sus medios probatorios, soslayando por completo el argumento de la recurrente expuesto y sustentado en el Recurso de Apelación. Indica que ha sostenido que la

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

residencia habitual de la menor es en Perú con ella, quien ha tenido la custodia de la menor y a la fecha viven en Perú por casi tres años, habiendo presentado certificados de estudios que acreditan que su hija se viene desarrollando con normalidad y total arraigo en Perú, su cultura y su entorno familiar, lo que no ha sido respondido por la instancia de mérito, afectando el Principio de Congruencia e incurriéndose en motivación insuficiente, al no establecerse porqué la residencia habitual de la menor no es el Perú. Agrega que la Sala Superior no ha expuesto las razones de hecho y de derecho que sustenten que el Perú no pueda ser considerado la residencia habitual de la menor; **b)** la Sentencia de Vista, en el mismo considerando décimo, valora la sentencia número 22/2013 expedida por el Tribunal Español, y la cita indicando que: “(...) *ante tal incumplimiento, la autoridad extranjera mediante sentencia N°22/2013 decidió atribuir la guarda y custodia de la menor a favor del demandante (...)*”, siendo determinante para la decisión que adopta, al señalar que el padre al tener la custodia corresponde se proceda a la restitución; sin embargo, no ha considerado que la mencionada sentencia no ha sido reconocida y por tanto no puede ser ejecutada en el Perú, y por ende no tiene ningún efecto, ni mucho menos incidencia en las consideraciones a meritar por un órgano jurisdiccional nacional, lo que se encuentra probado con la partida de matrimonio de las partes, en la que no existe anotación de divorcio. Reitera que la referida sentencia extranjera que disuelve el vínculo matrimonial entre las partes y otorga la custodia de la menor al demandante, no ha sido sometida al proceso de “*exequátur*” regulado en el Artículo 2104° del Código Civil y a cota que la sentencia en cuestión también ha sido valorada por el Juzgado Especializado en los considerandos veintiuno y veintinueve; **c)** en el considerando décimo primero se indica que el argumento de la recurrente relativo a que el retorno a España generará en la menor daños físicos y psicológicos, ha sido desvirtuado, indicando que el relato de la menor no son atribuibles a ella por su edad y que la evaluación psicológica no advierte daño emocional; sin embargo, ha obviado un aspecto muy importante, que es la vinculación afectiva que actualmente tiene con la madre; y, **d)** la Sala Superior al pronunciarse sobre la declaración de la menor únicamente ha tenido en cuenta la parte donde aquélla hace referencia a lo que su mamá le

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

dijo, obviando que en la entrevista la menor manifiesta y evidencia que no quiere, ni puede alejarse de su mamá, no concibe la idea de no verla más; es decir, la Sala Superior ha efectuado un inadecuado y recortado análisis de la declaración de la menor y de la pericia psicológica.

ii) Infracción de los Artículos IX y X del Título Preliminar y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el Artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, al haberse sostenido que la Sala Superior no tiene en cuenta el Interés Superior de la menor, previsto en el Artículo IX del Título Preliminar del acotado Código, concordante con el Artículo 3° de la aludida Convención, pues al ordenarse la restitución de la menor se está privando a ella de la figura materna y más que eso del progenitor con quien más ha convivido, lo cual es regla y criterio fundamental para el otorgamiento de toda tenencia, según lo dispone el Artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes, criterio que también fue considerado por el Tribunal Español cuando le otorgó inicialmente la guarda y custodia a la madre, ahora demandada, toda vez que, a diferencia del padre, la recurrente no cuenta con recursos para su traslado a España. Agrega que la Sala Superior no ha tomado en cuenta el protocolo de pericia psicológica citado en el considerando noveno, y conforme al cual se evidencia que la menor tiene una mayor vinculación afectiva con la madre, a la que percibe como fuente de afecto y que está a su lado cuando la necesita. Indica además que la Sala de mérito no ha considerado el grave daño psicológico que ocasionará a la menor el privarla de la presencia materna, con su restitución a España y reitera que se ha efectuado un inadecuado y recortado análisis de la declaración de la menor y de la pericia psicológica, al no valorar la estrecha vinculación entre la menor y su madre recurrente, lo que además configura un vicio de motivación interna del razonamiento, en la medida que la conclusión de la Sala, consistente en que no existirían daños por el traslado de la menor a otro país, no se condice con los documentos que sustentan dicha conclusión.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

SEGUNDO.- Cuando se invocan en forma simultánea agravios consistentes en la infracción normativa procesal e infracción normativa sustantiva que inciden directamente sobre la decisión de la resolución impugnada, debe iniciarse el examen por la denuncia procesal, desde que si ella fuera amparada se generaría la nulidad de lo actuado hasta la etapa pertinente, con reenvío del expediente a la respectiva instancia de mérito, careciendo de objeto en ese escenario la evaluación de la causal material.

TERCERO.- En ese sentido, corresponde analizar en primer término la infracción procesal del Artículo 122° inciso 3) del Código Procesal Civil, referido a la mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con las consideraciones en orden numérico correlativo de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, todo lo cual lleva ínsito el derecho de un debido proceso y la exposición de las motivaciones suficiente del fallo dictado.

Sobre el debido proceso y la motivación escrita de las resoluciones judiciales

CUARTO.- El debido proceso (*o proceso regular*) es un derecho complejo, desde que está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos perezcan ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho *-incluyendo el Estado-* que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina: “(...) *por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, característica del Tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa*”¹. Dicho de otro

¹ Faúndez Ledesma, Héctor, “El Derecho a un juicio justo”. En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza) Lima. Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP y Embajada Real de los Países Bajos, página 17.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

modo, el derecho al proceso regular constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen el derecho a ser oportunamente informado del proceso (*emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa*), derecho a ser juzgado por un Juez imparcial que no tenga interés en un determinado resultado del juicio, derecho a la tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (*publicidad del debate*), derecho a la prueba, derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso y derecho al Juez legal.

QUINTO.- Así también, el derecho al debido proceso, consagrado en el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú², comprende a su vez, entre otros derechos de los ya señalados en el considerando precedente, el de obtener una resolución fundada en derecho mediante decisiones en las que los Jueces expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron, dispositivo que es concordante con lo preceptuado por el inciso 3) del Artículo 122° del Código Procesal Civil³ y Artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴. Además, la exigencia de motivación suficiente prevista en el invocado inciso 5) del Artículo 139° de la Carta Fundamental⁵, garantiza que el justiciable pueda comprobar que la solución del caso concreto viene dada por una valoración racional de la fundamentación fáctica de lo actuado y la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes, y no de una arbitrariedad de los magistrados, por lo que en ese entendido es posible afirmar que una resolución

² **Artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

³ **Artículo 122° inciso 3) del Código Procesal Civil.-** Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado.

⁴ **Artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.-** Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

⁵ **Artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú.-** 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.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

que carezca de motivación suficiente no solo infringe normas legales, sino también principios de nivel constitucional.

SEXTO.- Asimismo, el proceso regular en su expresión de motivación escrita de las resoluciones judiciales, entiende que una motivación defectuosa puede expresarse en los siguientes supuestos: **a) Falta de motivación propiamente dicha:** cuando se advierte una total ausencia de motivación en cuanto a la decisión jurisdiccional emitida en el caso materia de conflicto, sea en el elemento fáctico y/o jurídico; **b) Motivación aparente:** cuando el razonamiento en la sentencia sea inconsistente, sustentado en conclusiones vacías que no guardan relación con el real contenido del proceso; **c) Motivación insuficiente:** cuando se vulnera el principio lógico de la razón suficiente, es decir que el sentido de las conclusiones a las que arriba el juzgador no se respaldan en pruebas fundamentales y relevantes, de las cuales éste debe partir en su razonamiento para lograr obtener la certeza de los hechos expuestos por las partes y la convicción que lo determine en un sentido determinado, respecto de la controversia planteada ante la judicatura; y, **d) Motivación defectuosa en sentido estricto:** cuando se violan las leyes del hacer/pensar, tales como de la no *contradicción* (*nada puede ser y no ser al mismo tiempo*), la de *identidad* (*correspondencia de las conclusiones a las pruebas*), y la del *tercio excluido* (*una proposición es verdadera o falsa, no hay tercera opción*), entre otros, omitiendo los principios elementales de la lógica y la experiencia común.

SÉPTIMO.- De otro lado, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales tiene como una de sus expresiones al principio de congruencia, el cual exige la identidad que debe mediar entre la materia, las partes, los hechos del proceso y lo resuelto por el juzgador, en virtud a lo cual los Jueces no pueden otorgar más de lo demandado o cosa distinta a lo pretendido, ni fundar sus decisiones en hechos no aportados por los justiciables, con obligación entonces de pronunciarse sobre las alegaciones expuestas por las partes, tanto en sus escritos postulatorios como, de ser el caso, en sus medios impugnatorios, de tal manera que cuando se decide u

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

ordena sobre una pretensión no postulada en el proceso, y menos fijada como punto controvertido, o a la inversa, cuando se excluye dicho pronunciamiento, se produce una incongruencia, lo que altera la relación procesal y transgrede las garantías del proceso regular. En el sentido descrito, se tiene que la observancia del principio de congruencia implica que en toda resolución judicial exista: 1) coherencia entre lo petitionado por las partes y lo finamente resuelto, sin omitir, alterar o excederse de dichas peticiones (*congruencia externa*); y, 2) armonía entre la motivación y la parte resolutive (*congruencia interna*), de tal manera que la decisión sea el reflejo y externación lógica, jurídica y congruente del razonamiento del juzgador, conforme a lo actuado en la causa concreta, todo lo cual garantiza la observancia del derecho al debido proceso, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número once de la sentencia número 1230-2003-PCH/TC⁶. Es en el contexto de todo lo detallado que este Supremo Colegiado verificará si se han respetado o no en el asunto concreto las reglas de la motivación.

Del análisis sobre la causal casacional procesal

OCTAVO.- Bajo esos parámetros y de la revisión de las sentencias de mérito, tenemos que la decisión adoptada se encuentra adecuadamente fundamentada, pues establece la relación de hecho en base a la apreciación probatoria de los instrumentos acompañados a los autos, interpreta y aplica las normas que considera pertinentes, sin advertirse afectación al principio de debida motivación de las sentencias, a la logicidad, ni del derecho a probar en cualquiera de sus vertientes. Es decir, el pronunciamiento cuestionado se advierte ceñido a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, tomando de modo referencial para los hechos los instrumentos internacionales que acoge, por lo que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, pues se ha cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final ahora cuestionada. En esa orientación, un parecer o criterio distinto al que ha arribado la

⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 1230-2003-PCH/TC

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

Sala Superior no puede ser causal para cuestionar la motivación, lo que no significa que no pueda existir un criterio distinto para arribar a una conclusión diferente a la que ha planteado el órgano de revisión, sin que ello implique ausencia o defecto en la motivación de la Sentencia de Vista, sino en puridad discrepancia sobre el criterio o posición asumida por la Sala Superior. En consecuencia, la infracción normativa procesal debe ser desestimada.

Del análisis sobre la causal casacional sustantiva

NOVENO.- En relación a la infracción normativa sustantiva, contenida en el segundo agravio, esto es la infracción normativa de los Artículos IX y X del Título Preliminar y 84° del Código de los Niños y de los Adolescentes, concordante con el Artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, tenemos que estas normas regulan el Principio de Interés del Niño y del Adolescente así como que los procesos en que están involucrados los niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos, lo cual amerita realizar precisiones y alcances sobre la normatividad vigente vinculada con el tema.

DÉCIMO.- En efecto, el Convenio de la Haya del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es un tratado multilateral que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su propia restitución al país de residencia habitual, Convención a la cual se ha adherido el Perú mediante Resolución Legislativa número 27302 del siete de julio de dos mil y ratificada mediante Decreto Supremo número 023-2000-RE del uno de agosto del mismo año y publicado al día siguiente.

DÉCIMO PRIMERO.- En el contexto descrito, se advierte en línea de principio que el referido Convenio no versa sobre competencia judicial ni de derecho aplicable ni de reconocimiento de decisiones extranjeras, siendo solo un Convenio que

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

establece sistemas de cooperación de autoridades y una acción eficaz para el retorno inmediato del menor reclamado al país de su residencia habitual, siendo esa la verdadera naturaleza y objetivo de tal instrumento internacional.

DÉCIMO SEGUNDO.- Es igualmente importante precisar que el Perú es además Estado Parte de los siguientes instrumentos internacionales estrechamente vinculados al tema debatido: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa número 28246 del diecisiete de mayo de dos mil cuatro y ratificada por el Decreto Supremo número 058-2004-RE del nueve de septiembre de dos mil cuatro y publicada al día siguiente; así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa número 25278 del tres de agosto de mil novecientos noventa, publicada al día siguiente. También deben tenerse presente los Principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño, que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

DÉCIMO TERCERO.- En el citado Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), se plasmaron los mecanismos normativos a efectos de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita *-apartado a) del Artículo 1° del Convenio-* y en el ámbito del sistema interamericano se ha proclamado vía la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989) un mecanismo similar, cuando se afirma en su Artículo 1° que la Convención tiene por objeto 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.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

DÉCIMO CUARTO.- Dentro del procedimiento de restitución previsto en el Capítulo III, Artículos 8° al 20° del Convenio de La Haya ya citado (1980), se debe destacar, en principio, la acreditación de dos tipos de cuestiones: por un lado, el derecho de quien hace la solicitud que se deriva de la titularidad de la custodia del menor y del hecho de estar residiendo con él, y de otro lado, la ilícita sustracción o retención por el otro padre. Para esos efectos se entiende que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona, a una institución o a cualquier otra entidad. Así, el traslado ilícito ocurre cuando el menor es llevado a través de una frontera internacional sin permiso de quienes tienen los derechos de custodia, y la retención ilícita tiene lugar cuando el menor es mantenido en otro país más allá de un período acordado.

DÉCIMO QUINTO.- En la situación de hecho propuesta y debatida por las partes en conflicto y establecida en las decisiones jurisdiccionales de mérito, se advierte que se presenta, cuando menos, el último supuesto fáctico contenido en la normatividad supranacional que se cita, desde que, por un lado, la menor de iniciales J.I.R.B. tenía su residencia habitual en el Reino de España y fue trasladada al Perú con un permiso temporal otorgado por la justicia española, sin que al término del plazo concedido se haya procedido a su restitución, como correspondía, configurándose la retención ilícita en otro país más allá del período acordado o fijado.

DÉCIMO SEXTO.- Ciertamente un Principio cardinal dentro del ámbito de protección del menor es el referido al de Interés Superior del Niño, contemplado en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y fundado en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Ese Principio fue reconocido por la Declaración de los Derechos del Niño (1959) anteriormente citada, la que en su numeral 2, entre otros 10 aprobados, establece que: “El niño gozará de una

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". Tal normatividad es concordante con lo dispuesto en el Artículo 3º, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) también citada, en cuanto dispone que: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Se evalúa también aquí que conforme al Artículo 13º del Convenio Sobre Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de la Haya (1980), no obstante la retención ilícita del menor, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone demuestra que: *"(...) 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 OCTAVO.- En ese contexto, es cierto que el interés superior del menor es aquel principio rector que impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren rápida y eficazmente la protección de los niños, sino que además debe ser el factor de inspiración en las decisiones que sobre restitución internacional deban adoptarse, por lo que tal Principio solo será eficaz en la medida que la determinación del caso se tome con diligencia y sobre la base de la prueba de los hechos que se invoquen.

DÉCIMO NOVENO.- Asimismo, es pertinente establecer la concordancia que existe entre el Artículo 4º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, por cuanto de estos preceptos normativos surge la

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

especial protección que la comunidad y el Estado deben procurar a los derechos e intereses del niño.

VIGÉSIMO.- En ese contexto, de autos se tiene que la menor cuya restitución internacional se pretende vivió en España hasta los cinco años de edad y durante los cuatro años siguientes en el Perú, edad en la que tiene mejor sentido de lo que sucede en su entorno y puede asimilar con más facilidad las apreciaciones e influencias de terceros, sobre todo de aquellos que resultan más próximos de su núcleo familiar y/o social. Asimismo, según lo determinado en sede de instancia y que emerge de la manifestación referencial de la menor (*inserta en la Audiencia Única a que se contrae el Acta corriente de fojas doscientos veinticinco a doscientos treinta y cuatro, levantada el diez de marzo de dos mil catorce*) y pericia psicológica que se le ha practicado (*corriente de fojas doscientos cincuenta y nueve a doscientos sesenta y dos*) se tiene: **i)** que al margen de las apreciaciones particulares que la niña tiene respecto de su padre cuando vivía con él en el Reino de España, vinculadas con ciertas limitaciones en el uso de bienes materiales (*como la calefacción o el aire acondicionado*), reconoce una relación continua con el mismo, a través de medios tecnológicos (*videoconferencia*), evidenciando ello una preocupación del progenitor por sostener un vínculo adecuado con su hija y no perder la cercanía propia de una relación parental; **ii)** que a ello abona la manifestación de la menor respecto a que su padre ha venido al Perú más de siete veces, todas ellas, se entiende, para mantener la mejor relación posible que debe existir entre padre e hija, e incluso para intentar el retorno de su hija al Reino de España; **iii)** que algunas manifestaciones de la menor, por su corta edad (*como aquellas que sostienen que su padre la quiere retornar a España para que no tenga mamá, o que su madre le indicó que luego de una consulta con una adivina que presiente cosas se le informó que su padre tenía otra mujer*) son, sin duda, influenciadas por la progenitora, no pudiendo tenerse como pruebas objetivas que desmerezcan la pretensión de la demanda; y, **iv)** que la menor -*a pesar de reconocer el conflicto que existe entre sus progenitores*- no da muestra de ninguna afectación emocional, descalificando momentáneamente a su padre, pero sin

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

evocar ningún evento que haga suponer que cuando vivía con ella le daba un trato inadecuado.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En ese orden de ideas, no se advierten elementos objetivos que persuadan sobre la inconveniencia de la restitución internacional que se reclama, ni menos todavía la existencia de un grave riesgo de que la aludida restitución exponga a la menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera la ponga en una situación intolerable, más todavía si con esos mismos antecedentes se aprecia que la situación conflictiva puesta a consideración de este Poder del Estado ha surgido objetivamente por la actitud renuente de la demandada de permitir la continuación de la relación física continua entre padre e hija en el Reino de España, a la que se comprometió ante la justicia española, esbozando justificaciones que no se han aparejado con pruebas que abonen a ellas, al margen del natural afecto y apego que la menor tiene con su madre, producto de la estrecha relación que mantienen. No es posible entonces sobre la base de los hechos determinados en sede de instancia, estimar en el caso concreto el Recurso planteado, sin desvirtuar con ello las razones por las cuales se aprobó el mencionado Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, circunscritos, entre otros, a la protección del menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que puede ocasionarle un traslado o una retención ilícitos, así como velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En consecuencia, no se advierte la producción de las infracciones normativas de los Artículos 122° inciso 3) del Código Procesal Civil y IX y X del Título Preliminar y 84° del Código de los Niños y Adolescentes, concordante con el Artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, por lo que estimo que el Recurso de Casación debe ser declarado infundado.

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

**SENTENCIA
CASACIÓN N°3590 -2015
LIMA**

Restitución Internacional de Menor

Por tales consideraciones y de acuerdo a lo regulado además por el Artículo 397° del Código Procesal Civil, **MI VOTO** es porque **SE DECLARE INFUNDADO** el Recurso de Casación obrante de fojas cuatrocientos noventa y cinco a quinientos diecinueve, interpuesto por Sandra Jennifer Bazán Agreda, y en consecuencia **NO CASAR** la Sentencia de Vista contenida en la resolución número siete del treinta y uno de julio de dos mil quince, obrante de fojas cuatrocientos sesenta y seis a cuatrocientos setenta y uno; **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "*El Peruano*", bajo responsabilidad y se devuelva el expediente para la ejecución de lo decidido; en los seguidos por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en representación de David Romero Cidoncha, con Sandra Jennifer Bazán Agreda sobre Restitución Internacional de Menor.

SS.

YAYA ZUMAETA