



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

SUMILLA: *Hay excepciones a la obligación de retorno inmediato del niño. El Convenio de La Haya establece la obligación del estado de refugio de restituir inmediatamente al niño; sin embargo, también establece una serie de situaciones en las que el Estado requerido podrá eximirse de cumplir con esta obligación.*

Lima, seis de noviembre
de dos mil diecisiete.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DE LA REPÚBLICA: Vista la causa número cuatro mil trescientos setenta y tres - dos mil dieciséis, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; y, producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. -----

I. ASUNTO: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por Alain Philippe Van Der Velden a fojas mil ciento cincuenta y nueve, contra la sentencia de vista de fojas mil ciento dieciocho, de fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, que revocó la sentencia apelada de fojas ochocientos setenta y cinco, de fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, que declaró fundada la demanda de Restitución Internacional de Menor; y reformándola declaró infundada la misma. -----

II. ANTECEDENTES: -----

Previo a la absolución de las denuncias formuladas por el recurrente, conviene hacer las siguientes precisiones respecto de lo acontecido en el proceso: -----

1. DEMANDA: -----

Con fecha veintinueve de noviembre de dos mil trece, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en representación de Alain Philippe Van



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

der Velden, interpone una demanda de Restitución Internacional de los niños Rafael Gabriel y Rodrigo Mauricio Van Der Velden - de acuerdo a la Convención de la Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - contra Kibesia Ángela Díaz Jurado. A continuación se suscriben los hechos más relevantes: -----

- a) Alain Philippe Van Der Velden y Kibesia Ángela Díaz Jurado, son casados y padres de los niños Rafael Gabriel y Rodrigo Mauricio Van Der Velden, quienes domicilian en Sanderburg 26, 2036 PR Haarlem - Holanda. -----
- b) Conforme a las declaraciones del demandante, en la información remitida por la Autoridad Central de Holanda, el día veintiuno de diciembre de dos mil doce, la demandada, salió de casa junto a sus hijos, alegando que iría a visitar a un amigo suyo en una ciudad de Heerhugowaard - Holanda; sin embargo, al día siguiente el demandante telefoneó al amigo de la demandada porque no contestaba sus llamadas, quien negó la visita de la señora. -----
- c) Ante esta situación, el demandante dio aviso a la policía y descubrió que todos los documentos como pasaportes de los niños, objetos de valor y maletas habían desaparecido del hogar; es así que luego de tres días el demandante descubrió que la demandada y sus hijos habían viajado al Perú y se encontraban residiendo en la ciudad del Cusco. -----

2. CONTESTACIÓN: -----

- a) Kibesia Ángela Díaz Jurado, la madre del niño, indica haber regresado a Perú, debido a que huyó de su cónyuge y su familia a consecuencia de los maltratos físicos y psicológicos de los que eran víctimas sistemáticas. Asimismo, indica que después de que se vino a Perú, su cónyuge le enviaba correos electrónicos donde la amenazaba con venir y apartarla de sus hijos. -----



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

- b) Por otro lado, indica que su cónyuge tenía conocimiento del lugar donde se encontraban sus hijos y ella, ya que su hermano Mauricio Díaz Jurado conversó con Alain Philippe Van Der Velden sobre los actos de violencia de la cual había sido víctima su hermana. Asimismo, demandó sobre la tenencia de sus hijos ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco, proceso en el que se reconoció provisionalmente la tenencia de sus menores hijos a su favor y se dispuso el impedimento de salida de los niños. -----

3. RESOLUCIÓN FINAL DE PRIMERA INSTANCIA: -----

Mediante sentencia de primera instancia de fecha cinco de abril de dos mil dieciséis, se resolvió declarar **fundada** la demanda, bajo los siguientes argumentos: -----

- a) No se contó con elementos de convicción suficientes que permitan establecer que la restitución de los niños deba negarse por vulneración de los derechos humanos fundamentales de los niños reconocidos por el Estado Peruano; si bien la demandada argumenta que se estaría afectando el Principio del Interés Superior del Niño. ----
- b) No se llegó a determinar la existencia de un grave riesgo de los niños en el caso de retornar a su residencia de origen; sin embargo, el juzgado, no puede dejar de valorar la preocupación constante de la demandada por la posible afectación psicológica de sus hijos en Holanda. -----
- c) En aplicación de las normas de cooperación judicial internacional, incluidas en el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el Principio del Interés Superior del Niño reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras del ordenamiento comunitario europeo e interno holandés; debe disponerse en la sentencia además de la restitución de los niños a Holanda, en forma complementaria como medida de protección que



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

las autoridades judiciales y administrativas holandesas brinden las condiciones de seguridad necesarias, a los niños Rafael Gabriel y Rodrigo Mauricio Van Der Velden, cuando retornen a su país bajo responsabilidad. -----

4. RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA: -----

Apelada la sentencia de primera instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, emitió la sentencia de fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas mil ciento dieciocho, la cual **revoca** la sentencia contenida en la Resolución número cincuenta y cuatro, que declara **fundada** la demanda de Restitución Internacional de Menores y dispone la restitución inmediata de los niños y reformándola declara infundada la demanda en todos los extremos, argumentando lo siguiente: ---

- a) Los menores actualmente se encuentran viviendo desde hace más de tres años en Perú, la que actualmente viene a ser su residencia habitual en donde han hecho una nueva vida en la cual ellos son el centro de la vida de su progenitora. De acuerdo a la evidencia presentada en esta instancia los menores se encuentran bien cuidados y presentan de acuerdo a los reconocimientos psicológicos efectuados, un adecuado desarrollo, por lo que la restitución en estas circunstancias podría generar una situación, si bien es cierto no riesgosa para los menores, pues no se acredita en el proceso actos de violencia en su contra ni en contra de su madre por parte del actor; pero sí intolerable, en la medida que su restitución significaría el alejamiento de su madre, lo cual evidentemente afectará su normal desarrollo, tanto más que las fotografías del actor con su nueva familia.
- b) Atendiendo a la edad de los menores, la madre es un elemento muy importante en su desarrollo, tanto más que como han manifestado ambos progenitores, es la madre quien ha permanecido en forma permanente con sus menores hijos y es ella quien se ha dedicado a



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

CASACIÓN 4373-2016

CUSCO

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

sus cuidados de manera exclusiva. Por lo tanto, en el presente caso se presenta la concurrencia de la excepción prevista en el Convenio, conforme a lo invocado por la demandada. -----

III. RECURSO DE CASACIÓN: -----

Por resolución de fecha quince de noviembre de dos mil dieciséis, corriente a fojas setenta y nueve del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso de su propósito, por las siguientes causales denunciadas: -----

1) Infracción normativa del artículo 13 inciso b) de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.

La sentencia de vista argumenta que la integración de sus hijos al nuevo entorno no puede ser equiparable con una situación intolerable y menos puede decirse que ahora Perú es su residencia habitual para amparar la excepción a que se refiere el artículo 13 inciso b) de la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores; más aún cuando el análisis de la residencia habitual se da siempre que la demanda sea interpuesta luego de un año del retiro ilegal. Señala que el ánimo de la referida Convención es combatir los traslados ilícitos y no en reconocerles efectos jurídicos. Asimismo, sostiene que la posible ausencia de la madre en Holanda no es una situación que vaya a afectar o desestabilizar a los menores. Aunado a ello, la parte denunciante sostiene que en este tipo de procesos no se está decidiendo la tenencia y custodia de los menores sino que ello lo decidirá el Juez competente en Holanda, que si lo estimara pertinente podría autorizar el viaje de los menores a Perú. El Tribunal Superior ha variado la pretensión y ventilado situaciones que no le corresponden. ----

b) Infracción normativa de los artículos 1, 2, 11, 12 y penúltimo párrafo del artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. La Sala Superior no ha



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

establecido con sustento probatorio alguno si sus hijos han alcanzado la madurez que la norma impone para ser oídos. -----

- c) Infracción normativa de los artículos 3.1, 9 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño.** Señala que la correcta aplicación del Principio del Interés Superior del Niño lleva a proteger el derecho establecido en el artículo 9 concordado con el artículo 11, lo que permite señalar, además, que al aplicar *per se* las normas de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, se están garantizando dichos derechos. De modo que, si un traslado y/o retención ilícitas atentan contra el interés superior del niño, entonces, aplicar el tratado es sinónimo de aplicar el Principio del Interés Superior del Niño. Debe recordarse además, que el lugar de residencia habitual antes del traslado ilícito es Holanda, conforme lo establece la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. La madre debió solicitar la custodia o, de ser el caso, una autorización de cambio de residencia, lo que no hizo porque su objetivo era evadir a las autoridades. -----

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA: -----

PRIMERO.- Que, para los efectos del caso, el recurso de casación es un **medio de impugnación extraordinario** que procede contra las decisiones finales emitidas por la Corte Superior en los casos previstos en la Ley. Este tipo de reclamación solo puede versar sobre los aspectos de la sentencia de instancia relativos al Derecho aplicado a los hechos establecidos, así como el incumplimiento de las garantías del debido proceso o infracción de las formas esenciales para la validez de los actos procesales. En efecto, se trata de una revisión del Derecho aplicado donde la apreciación probatoria queda excluida¹. -----

¹ Sánchez- Palacios P (2009). El recurso de casación civil. Editorial Jurista Editores. Pág. 32.



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

SEGUNDO.- Que, previamente al análisis de la causal denunciada consistente en la contravención del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, referido al debido proceso y la motivación de las sentencias, es necesario precisar que el debido proceso tiene por función asegurar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos a través de un procedimiento legal en el que se dé la oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada. -----

TERCERO.- Que, en el presente caso la cuestión jurídica en debate consiste en determinar si la Sala Superior no ha cumplido con realizar un análisis adecuado de los medios probatorios destinados a probar que el menor corre peligro al lado del demandante, incurriendo con ello en una aplicación errónea del artículo 13 de la Convención sobre los aspectos civiles del Secuestro Internacional de Menores e interpretación errónea del Principio del Interés Superior del Niño, cuestionando la motivación de la Sala Superior en el sentido que la integración de los niños a su nuevo entorno resulta equiparable con una situación intolerable, y menos decir que ahora el Perú es su residencia habitual, agrega el recurrente que no es objeto de este proceso el análisis de su nueva situación familiar. -----

CUARTO.- Que, en línea de principio es necesario precisar por esta Suprema Sala ¿Cuándo estamos en presencia de un traslado o retención ilícito? A los fines de determinar cuando un traslado o retención son ilícitos, deberemos tener en cuenta dos supuestos; uno fáctico y uno jurídico. El jurídico radica en la infracción a los derechos de custodia legalmente atribuidos a una persona, institución u organismo. El fáctico, se refiere al



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

ejercicio efectivo de esos derechos en el momento del traslado o la retención, o a la falta de ese ejercicio por impedimento del otro cónyuge. ----

QUINTO.- Que, en ese sentido podrá pedir la restitución de un niño toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de un traslado o retención, con infracción de un derecho de custodia, que le había sido atribuido separada o conjuntamente a una ejercido efectivamente o cuando este no ha podido ser ejercido en virtud del traslado o retención ilícitos. -----

SEXTO.- Que, sin embargo, frente a los lineamientos preestablecidos tenemos que hay excepciones a la obligación de retorno inmediato del niño. El Convenio de La Haya establece la obligación del Estado de refugio de restituir inmediatamente al niño. Sin embargo, también establece una serie de situaciones en las que el Estado requerido podrá eximirse de cumplir con esta obligación. Las causales de excepción al reintegro pueden tener una naturaleza diferente, según que se refieran a las condiciones previas al traslado, cuando éstas no comportaban alguno de los elementos esenciales de las relaciones que el Convenio pretende proteger, al comportamiento del progenitor desplazado con posterioridad, al traslado o retención, o a cuestiones relativas a la protección del interés superior del niño. -----

SÉTIMO.- Que, el Estado podrá, por consiguiente, rechazar el reintegro inmediato del niño cuando se encuentren presentes estos elementos y sean acreditados de un modo fehaciente los extremos previstos en el Convenio. El artículo 13 de la Convención de la Haya, establece que no obstante las disposiciones del artículo 12, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probar: **a)** Que, la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO**

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR

efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso; **b)** Que, existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrase que es conveniente tener en cuenta esta opinión. En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño resida habitualmente acerca de su situación social. -----

OCTAVO.- Que, frente a esta norma nos encontramos ante la causal de oposición al reintegro más comúnmente utilizada: “*Grave riesgo de que la restitución exponga al niño a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable*”. No basta con la mera invocación de la situación. Quien la alega deberá probar de un modo claro y convincente que el reintegro del niño al país de su residencia habitual lo expondría a un grave peligro físico o psíquico (artículo 13 b) de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores), advirtiendo esta Suprema Sala que el peligro en mención se materializaría en la medida que su restitución implica el alejamiento de su lugar habitual (Perú) en donde han realizado una nueva vida tanto familiar como amical presentando un adecuado desarrollo conforme a los informes psicológicos efectuados, a todo ello se agrega el hecho de que el demandante ha formado una nueva familia, situación esta última que no resultó objeto de análisis por parte de las instancias de mérito aun cuando el recurrente pretenda señalar lo contrario, pero si sirvió de base para inferir que ello interferiría en el desarrollo de los



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

**CASACIÓN 4373-2016
CUSCO
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

menores, nuevo seno familiar el cual resultaría ajeno a los menores quienes cuentan con once y siete años y demuestran apego a la madre tal y conforme lo ha desarrollado la Sala de Vista; razones por las cuales se puede concluir la concurrencia del supuesto de excepción previsto por el Convenio referido, se acredita la circunstancia intolerable a la que hace referencia la norma, deviniendo en infundadas las causales materiales denunciadas. -----

V. DECISIÓN: -----

Estando a las consideraciones expuestas y de conformidad con los artículos 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Alain Philippe Van Der Velden a fojas mil ciento cincuenta y nueve; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ciento dieciocho, de fecha dos de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Alain Philippe Van Der Velden y otro contra Kibesía Angela Díaz Jurado y otro, sobre Restitución Internacional de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señora Céspedes Cabala, Jueza Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CABALA

TORRES VENTOCILLA