

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

SUMILLA.- Atendiendo a lo importante que es el derecho de comunicación entre padres e hijos, para amparar la excepción contenida en el artículo 13 inciso b) del Convenio de La Haya, esto es, oponerse a la restitución por grave riesgo a la integridad del menor, deberá estar fehacientemente comprobado que existe tal riesgo, o existir indicios de este.

Lima, quince de octubre
de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: en discordia; vista la presente causa en la fecha, luego de verificada la votación con arreglo a ley, con lo expuesto en el Dictamen Fiscal Supremo, emite la siguiente sentencia; y asimismo, **habiéndose dejado oportunamente** en Relatoría de esta Sala Suprema los votos emitidos por los Señores Jueces Supremos **ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, ORDÓÑEZ ALCÁNTARA, DE LA BARRA BARRERA y CÉSPEDES CABALA¹**; **los mismos que no suscriben la presente**, de conformidad con los artículos 141, 142, 148 y 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejándose constancia de los mismos para los fines pertinentes de acuerdo a ley.-----

I. ASUNTO: -----

En el presente proceso de Restitución Internacional de Menor la demandada **C** **E** **Á** **Z** ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas mil novecientos veinticinco, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia apelada de fojas mil seiscientos veintisiete, de fecha veintitrés de octubre de dos mil quince, que declaró fundada la demanda sobre Restitución Internacional de Menor. ----

II. ANTECEDENTES: -----

1. DEMANDA: -----

¹ Obrante a folios 430 - 449 y 489 del cuaderno de casación.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

El dieciocho de diciembre de dos mil trece, mediante escrito obrante a fojas ciento treinta y nueve, R [REDACTED] J [REDACTED] D [REDACTED] presentó la demanda de Restitución Internacional de Menor, a fin que se ordene la restitución o retorno al territorio del Reino de los Países Bajos del menor de iniciales D.N.D.Á., señalando como argumentos de su demanda: -----

- Contrajo matrimonio con la demandada el veintitrés de abril de dos mil tres, en la ciudad de Rotterdam, Reino de los Países Bajos; fruto de dicha relación procrearon al menor de iniciales D.N.D.Á., nacido en Arequipa el veintiséis de enero de dos mil cinco. -----
- Desde el veintiuno de diciembre de dos mil cinco, su hijo, la demandada y el recurrente vivían en la ciudad de Noordenveld, Reino de los Países Bajos.-----
- Con fecha seis de junio de dos mil trece, la demandada, probablemente debido a la enfermedad mental (esquizofrenia paranoide) que padece, trasladó a su hijo, sin su consentimiento y el respectivo permiso judicial al territorio peruano, por tanto, estamos ante un supuesto de traslado ilícito.-----
- Con la conducta de traslado la demandada desarraigó a su hijo injustificadamente de su centro de vida, es decir, del lugar donde tenía sus afectos y vínculos, lo cual tiene efectos perjudiciales en su esfera afectiva, afectando su desarrollo y bienestar biopsicosocial. -----
- El demandante es una persona decente y padre responsable, que no ha cometido abuso sexual o violencia física alguna contra su hijo, acusaciones que son fruto de la enfermedad mental que padece la demandada. -----

2. CONTESTACIÓN: -----

El dieciocho de julio de dos mil catorce, C [REDACTED] E [REDACTED] Á [REDACTED] Z [REDACTED] contestó la demanda, argumentando que: -----

- Señala que ha logrado controlar su enfermedad de esquizofrenia paranoide de manera absoluta, de modo que cuenta con la capacidad de llevar una vida normal, a tal punto que se ha graduado en medicina humana, trabajando de médico, y al cuidado de su menor hijo, retornando al Perú el seis de junio de dos mil trece, en mérito a un trámite realizado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, debido al maltrato psicológico y físico que sufrían de parte del padre de su hijo, se retiraron como medida de protección a la integridad física y psicológica de su menor hijo y el suyo, ello es suficiente justificación para solicitar auxilio a su país por medio de relaciones exteriores. Su hijo era sometido a *bullying*, así como a violación sexual. ---

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

- Salió de Holanda para proteger a su menor hijo, y no lo retiene ilícitamente, ya que ha pedido judicialmente obtener el régimen de visitas, puesto que el menor rechaza al padre, no puede obligarlo. -----
- El demandante no ha acreditado a lo largo del proceso haber dado algún monto dinerario para el mantenimiento de su hijo. -----
- Su menor hijo ha logrado socializar a la perfección, habla perfectamente el idioma español, es un alumno inteligente, así como extrovertido. -----

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

El veintitrés de octubre de dos mil quince, mediante Resolución número cincuenta y ocho, obrante a fojas mil seiscientos veintisiete, el Segundo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, declaró fundada la demanda, señalando que: -----

- De lo actuado en el proceso y según los documentos, se tiene que la madre del menor alega como argumento para no permitir el encuentro del menor con su padre que este habría cometido no solo actos de violencia física y psicológica, sino de violencia sexual; sin embargo, no existen en autos pruebas idóneas para acreditar la existencia de dichos actos, pues los informes psicológicos presentados por la demandada son de parte, por lo que se deben valorar restrictivamente. -----
- En autos ha quedado establecido que la madre del menor adolece de esquizofrenia, por lo que habiendo quedado claramente establecido que el menor no ha sido objeto de violencia sexual, se puede concluir que debido a la enfermedad que adolece la demandada ha creado la idea de la violación del padre a su hijo. -----
- De los informes psicológicos y psiquiátricos practicados al demandante se ha establecido que es una persona normal. Consecuentemente, no se configura la causa de excepción del apartado b) del artículo 13 del Convenio de La Haya; asimismo, no se aprecia situaciones de índole personal, social o política que configuren la condición de denegatoria de la restitución prevista en el artículo 20 del Convenio. -----
- Debido a las versiones delirantes de la madre, se ha creado en el menor alienación parental, lo que motiva rechazo a la presencia del padre. De otro lado, en aplicación extensiva del artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, en cuanto a la tenencia, si bien se establece que para tal efecto se debe escuchar la

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente. El menor cuenta con diez años, por lo que al tratarse de un niño, solo corresponde escuchar su opinión. -----

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

El siete de abril de dos mil dieciséis, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitió la sentencia de vista de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco que confirmó la sentencia apelada de fojas mil seiscientos veintisiete, de fecha veintitrés de octubre de dos mil quince, que declaró fundada la demanda, bajo los siguientes argumentos: -----

- Sobre el riesgo que el menor se encuentre en una situación intolerable: A la luz de los medios probatorios se colige que no existe prueba clara que acredite la existencia de abuso sexual por parte del demandante en agravio de su hijo; por consiguiente, teniendo en consideración que no existe razón suficiente para concluir que al ordenar la restitución del menor al Reino de los Países Bajos se expondría a un peligro físico, psíquico o sexual por parte de su padre o a una situación que pueda ser considerada intolerable al menor. -----
- Respecto a la oposición del menor a su restitución: Si bien es importante la decisión del menor en todo procedimiento que le afecte, no por ello se debe entender que deba decidir conforme a los deseos del menor, sino que se exige que el juez tome una decisión valorando las opiniones del menor a la luz del Principio del Interés Superior del Niño, de modo tal que la decisión a tomarse debe ser la mejor que garantice el desarrollo integral del menor, la que mejor efectivice sus derechos constitucionales y la que mejor resguarde al menor de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo. Al no haberse acreditado que el menor haya adquirido una madurez suficiente para tener en cuenta su opinión esta no resulta apropiada para ser tomada en cuenta de forma determinante para decidirse su restitución.-----
- Atendiendo al Principio del Interés Superior del Niño se debe considerar que el bienestar del menor coincide con una pronta restitución a su entorno habitual en la ciudad de Noordenved, toda vez que se ha establecido que no existe un real arraigo por parte del menor en la ciudad de Arequipa y que no se ha acreditado que el menor haya sufrido o pueda sufrir un daño físico o psicológico por parte del demandante o que esté expuesto a alguna situación intolerable; todo lo contrario, lo más beneficioso para el menor resulta disponer su restitución al Reino de los Países Bajos y que sea allí donde la autoridad judicial del país establezca de una mejor manera si corresponde otorgar la tenencia y custodia al demandante o a la

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

demandada, toda vez que conforme al artículo 16 de la Convención no está permitido al juez de refugio resolver sobre el fondo del derecho de custodia; en consideración, además, que los hechos que motivaron que la demandada traslade al menor al Perú sucedieron en la localidad de Noordened. -----

III. RECURSO DE CASACIÓN: -----

El nueve de mayo de dos mil dieciséis, C█████ E█████ Á█████ Z█████ mediante escrito de fojas mil novecientos veinticinco, interpuso recurso de casación contra la resolución de vista, siendo declarado procedente por este Supremo Tribunal mediante la resolución de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, por las siguientes infracciones:--

A) Infracción normativa de los artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

Las excepciones contempladas en la Convención de La Haya deben ser materia de un cuidadoso análisis y deben interpretarse en mérito al interés superior del niño. La sentencia de vista hace una interpretación indebida de las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 de la citada Convención de La Haya. Tanto el *A quo* como el *Ad quem* no han interpretado de manera correcta estos apartados, siendo que se han limitado a solicitar o desvalorar por no haber sentencia, cuando la interpretación es al solo riesgo o peligro, lo que en autos se encuentra acreditado con sus medios probatorios. -----

B) Infracción de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, I, II y IX del Título Preliminar, 122 inciso 3, 171, 197 del Código Procesal Civil y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Se ha violado flagrantemente su Derecho de Defensa, no habiéndose valorado de manera suficiente los medios probatorios que fueron ofrecidos por su parte y los de oficio; se ha sesgado la información de los informes psicológicos, extrayendo solamente los aspectos desfavorables, no apreciando los aspectos resaltados por su parte. Solo se han considerado las pruebas del demandante y se han interpretado conforme a lo que este ha argumentado. No se han considerado las pruebas de la demandada, con relación imperativa con el Principio Supranacional del Derecho del Menor, aunado al hecho de haberse determinado la calidad violenta y agresiva del actor llevado a un proceso de Violencia Familiar, no habiéndose desvirtuado su responsabilidad. -----

IV. CUESTIÓN JURÍDICA EN DEBATE: -----

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

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 Principio del Interés Superior del Niño. -----

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

PRIMERO.- Que, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo señala el artículo 384 del Código Procesal Civil. -----

SEGUNDO.- Que, la infracción procesal se configura cuando en el desarrollo del proceso no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. -----

TERCERO.- Que, como se ha señalado en la Sección III referida al Recurso de Casación, la recurrente ha denunciado infracción normativa *in procedendo*, señalando en los agravios expuestos que la Sala Superior ha vulnerado el Derecho de Defensa, el cual incide a su vez en la vulneración al Derecho a un Debido Proceso, deber que constituye garantía de la impartición de justicia incorporada en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional “*La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”, ya que se habría realizado una interpretación sesgada de los medios probatorios de la demandada. -----

CUARTO.- Que, respecto al Derecho al Debido Proceso, es posible señalar que este tiene tres elementos: **a)** El derecho de acceso a alguna de las modalidades de justicia institucionalizada previstas en el ordenamiento jurídico; **b)** El proceso mismo se ajuste a una serie de exigencias que favorezcan en la mayor medida posible a la consecución de una decisión justa; y, **c)** La superación plena y oportuna del conflicto con una decisión justa, a través de la ejecución también plena y oportuna². La importancia de este derecho para la protección de los derechos fundamentales ha

² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: “La Constitución Comentada”. Tomo III. Lima: Gaceta, 2013, p. 61-62.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

dado lugar a que sea considerado como un principio general del derecho, garantía constitucional y como un derecho fundamental.³ -----

QUINTO.- Que, para analizar las mencionadas infracciones denunciadas, es necesario realizar algunas precisiones sobre el asunto traído en autos. En principio, esta Suprema Corte, consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, que ha desembocado en el reconocimiento de diferentes tipos de familia⁴ diferente a la tradicional, como son familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío⁵, entre otras, que ha producido que los roles de cada miembro ha ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna,⁶ la función que estos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a la función socializadora de la familia en relación al menor. Es por tan importante función, que el menor requiere mantener una buena comunicación con ambos padres, independientemente si estos residen o no en el mismo hogar, como así ha sido reconocido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de modo que no solo es derecho de los padres de comunicarse con su hijo, sino que más bien es derecho del menor de comunicarse con sus padres, de modo que, los conflictos que pudieran existir entre los padres, no puede menoscabar la educación que se brinda al menor. -----

SEXTO.- Que, ahora bien, cuando se trate de familias disgregadas, como es el caso de autos, debe tenerse en cuenta además que, deben establecerse regímenes de tenencia, alimentos y de visitas correspondiente a cada uno de los progenitores en relación al menor, lo que acarrea deberes y derechos para ambos padres, así como facilita una constante interacción con el menor. En ese sentido, es que todas las medidas que se tomen en relación al menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término de amplio grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones

³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos Fundamentales y Proceso Justo". Lima: Ara Editores, 2001, pág. 218.

⁴ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. Derecho Procesal De Familia. Editorial San Marcos. Lima: 2012.

⁵ Entiéndase por estas a aquellas familias que por propia decisión o alguna enfermedad no tuvieron descendencia o aquellas que la perdieron.

⁶ Debe precisarse aquí, que cuando se trate de familias monoparentales, en las que existe una situación de mayor riesgo para los menores, será muy importante el bienestar emocional que el padre presente le brinde a los hijos para afrontar dicha situación, de modo que la estructura familiar no influya en la calidad de vida del menor. (Investigación realizada por: Susan Golombok. Modelos de Familia ¿Qué es lo que de verdad cuenta? Barcelona: Graó. 2006.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

particulares de cada caso en concreto, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio. -----

SÉTIMO.- Que, debe tenerse en cuenta además, que las experiencias que reciba la persona durante su niñez serán fundamento de su vida adulta. Asimismo, para la aplicación del Principio del Interés Superior Del Niño debe dejarse de lado la visión paternalista, que tiene al menor como un sujeto de protección, sino que se debe velar por otorgarle las condiciones necesarias para adquirir progresivamente mayor autonomía e identidad de adulto que le permita ejercer por sí mismo sus derechos y deberes⁷. -----

OCTAVO.- Que, ahora bien, en cuanto a la materia traída en autos de Restitución Internacional de Menores, es pertinente recordar que, este procedimiento se lleva a cabo ante un traslado ilícito de un menor, que lo haya alejado del lugar donde tenía su residencia habitual y sin autorización, produciéndose con ello una infracción al derecho de custodia, y aun habiendo sido este un traslado lícito, se produce una retención ilegal. Este proceso es de especial relevancia pues usualmente los menores son trasladados a un país diferente de su residencia habitual con la finalidad de impedir el contacto del menor con el padre/madre no conviviente. -----

NOVENO.- Que, para este tipo de conflictos son aplicables instrumentos internacionales como es la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (fecha veinte de noviembre del año mil novecientos ochenta y nueve). El primero de estos, contempla en su artículo 13 las excepciones a la obligación de ordenar la restitución del menor, las cuales son: **a)** El padre/madre que tenía el derecho de custodia no lo haya ejercido de modo efectivo al momento del traslado o retención ilegal, o que hubiera consentido o aceptado el traslado; y, **b)** Que exista un grave peligro físico o psíquico para el menor si se ordenara la restitución. -----

DÉCIMO.- Que, siendo ello así, en el caso de autos es pacífico y no ha quedado duda alguna que al momento en que se produjo el traslado ilegal del menor, la residencia habitual de este era en la ciudad de Noordenveld – Provincia de Drenthe – Países Bajos, lo que ha sido acreditado con la Copia Legalizada de los datos del padrón municipal obrante a fojas diecinueve, así como de la certificación de autoridad paterna, la que recae sobre ambos progenitores, conforme consta a fojas veintitrés; la

⁷ Cfr. DE LA VÁLGOMA, María. Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la Infancia. Barcelona: Ariel. 2013, pág. 71-72.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

comunicación enviada por la Escuela Pública de Dalton que da cuenta que hasta antes del traslado ilegal, el menor estudiaba en dicha institución educativa, como consta a fojas cuarenta y dos, así como su propia declaración en el escrito de contestación de demanda.-----

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en cuanto al peligro al que estaría expuesto el menor de producirse la restitución internacional, cabe mencionar que, conforme a lo expresado líneas arriba, es sumamente importante para un correcto desarrollo psicológico del menor, tener comunicación con ambos progenitores, pues de acuerdo a ello, el menor en su proceso de formación desarrollará aptitudes que son importantes para la vida adulta. Que, los padres antes de tomar cualquier decisión que afecte al menor, deberán tener en cuenta que: *“El menor vive en un permanente y creciente proceso de socialización, a través del cual va consolidando vínculos cada vez más amplios con otras personas, incrementando sus actividades sociales, escolares, deportivas, acordes a su edad y desarrollo. Por sí misma, la desunión de los padres le ocasiona una desestabilización que debe procurar neutralizarse tanto como sea posible, en el entendimiento de que ello contribuye, en principio, a consolidar y favorecer un proceso evolutivo normal, que posibilitará su mejor inserción en el medio social”*⁸. De modo que, atendiendo a lo importante que es el derecho de comunicación entre padres e hijos, para amparar la excepción contenida en el artículo 13 inciso b) de la Convención, esto es, oponerse a la restitución por grave riesgo a la integridad del menor, deberá estar fehacientemente comprobado que existe tal riesgo, o existir indicios de este. -----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, sin embargo, esta Sala Suprema no considera que en el presente caso exista tal riesgo, sino que por el contrario, la Sala Revisora, ha realizado un correcto análisis de todos los medios probatorios aportados al proceso por ambas partes, creándose la convicción de que no existe el riesgo alegado, pues no basta la sola sindicación de la recurrente de la existencia de peligro, siendo que no ha aportado medio probatorio alguno que así lo demuestre.-----

DÉCIMO TERCERO.- Que, analizadas las instituciones relevantes para el presente proceso, corresponde ahora emitir pronunciamiento al caso concreto atendiendo a las denuncias casatorias. Así pues, lo que ha quedado fehacientemente acreditado en el proceso, es que la demandada no ha llegado al Perú en virtud de trámites destinados a lograr medidas de protección realizados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores,

⁸ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. Derecho de Visitas. Régimen jurídico del menor y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L. 1997. Pág. 98-99.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

pues ello ha sido negado mediante comunicación obrante a fojas novecientos setenta y siete. -----

DÉCIMO CUARTO.- Que, del análisis de: **a)** Del Certificado Médico expedido por el Dr. A.C.P. Swierstra, obrante a fojas cincuenta y seis, se señala que el menor no presentaba anormalidades relacionadas a maltratos o abuso sexual; **b)** Del Certificado Médico expedido por la Dra. H. Swelheim, obrante a fojas cincuenta y nueve, se concluye que no se evidencia indicadores de abuso sexual; **c)** Del Certificado de Salud Mental expedido por el Dr. Gustavo Renato Luza Relly, obrante a fojas doscientos quince, se concluyó que el menor se encuentra mentalmente sano; **d)** De la Carpeta Fiscal aperturada por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual en agravio del menor, se desprende que esta fue archivada definitivamente, pues no se cuenta con los elementos de convicción suficientes pues de acuerdo al Certificado emitido por el Instituto de Medicina Legal, el menor no presenta signos de acto contra natura, y el único elemento con el que sustenta es la sindicación de la madre; y, **e)** De la propia declaración de la demandada en su escrito de contestación referido a que no tiene ningún medio probatorio que respalde sus alegatos, ni las denuncias realizadas. Es posible advertir que si bien es cierto, existen en el proceso medios probatorios aportados por la parte recurrente, como bien se ha señalado en las instancias revisoras, debe realizarse un análisis integral, teniendo en cuenta la actitud obstruccionista de la madre, más aun si del examen realizado al menor en el país donde habría sucedido la supuesta agresión sexual, se archivó la investigación por no existir signos de violencia sexual. -----

DÉCIMO QUINTO.- Que, siendo ello así, este Supremo Tribunal estima que no existe medio probatorio alguno o indicio sobre la ocurrencia real del ilícito penal denunciado, tan solo la sindicación de la madre, respecto a la declaración realizada por el menor, también debe ser analizada de manera restrictiva, pues las conclusiones arrojadas por los exámenes psicológicos practicados no guardan relación con la denuncia. Por tales fundamentos, este Supremo Tribunal no considera justificable ampararse en la causal de excepción denunciada con el solo mérito de la sindicación de la madre. -----

DÉCIMO SEXTO.- Que, aunado a ello, conviene precisar que, si bien es cierto el menor se encuentra residiendo en Perú, habiendo logrado adaptarse con facilidad a nuestro país desde la fecha de su llegada, esto es, hace aproximadamente cuatro años, esta judicatura no considera que en virtud a la demora en la tramitación del presente proceso desde su interposición, sea posible alegar que el menor se ha adaptado por completo a su nuevo domicilio motivo por el cual sería aceptable que el

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

menor se quede en el país, sino que por ningún motivo, este Supremo Tribunal puede amparar una situación ilegal que contraviene con Tratados Internacionales, pueda lograr convertirse en lícita por el mero transcurso del tiempo, más aun si la madre con su accionar pone en peligro el correcto desarrollo del menor. -----

DÉCIMO SÉTIMO.- Que, en consecuencia, este Supremo Tribunal estima que el presente recurso de casación debe ser desestimado, al no apreciar que con tal fundamentación se hayan infringido las normas de derecho procesal denuncia.-----

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 **C [REDACTED] E [REDACTED] Á [REDACTED] Z [REDACTED]** a fojas mil novecientos veinticinco; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por **R [REDACTED] J [REDACTED] D [REDACTED]** contra **C [REDACTED] E [REDACTED] Á [REDACTED] Z [REDACTED]** y otros, sobre Restitución Internacional de Menor; y *los devolvieron*. Ponente Señora Céspedes Cabala, Jueza Suprema.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

CALDERÓN PUERTAS

CÉSPEDES CABALA

Khm / Gct / Kji

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS, son como sigue:=====

Coincido con el voto emitido por los Señores Jueces Supremos **ROMERO DÍAZ, CABELLO MATAMALA y CÉSPEDES CÁBALA** (obrante de folio 430 a 441 del cuaderno de casación), por las siguientes razones:-----

PRIMERO.- Considero que los parámetros establecidos en el Convenio Internacional de La Haya, son los siguientes:-----

i) El referido Convenio fue suscrito el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta con un claro fin: *“asegurar la pronta restitución de menores que tengan*

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

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 ilegalmente⁹ (artículo 1 del Convenio). Es esa finalidad la que debe tenerse en cuenta a efectos de interpretar dicha norma internacional. De ella se desprende: **(a)** que debe haber un traslado ilícito o siendo lícito, una retención ilegal; **(b)** que lo que se quiere es la pronta restitución de los menores; y, **(c)** que debe analizarse la residencia habitual antes de los hechos y no de forma posterior al evento denominado traslado.-----

- ii)** En esa línea, el informe explicativo de la profesora Elisa Pérez-Vera, señala que hay dos circunstancias que caracterizan la situación de hecho que el Convenio pretende solucionar. En principio, el traslado de un menor fuera de su entorno habitual; luego, el hecho que la persona que traslada al menor pretende que las autoridades de su país legalicen la sustracción realizada escogiendo la jurisdicción que considera más favorable a sus intereses y favoreciéndose además con el transcurso del tiempo¹⁰. Es, precisamente, esa situación ventajosa que el agente que sustrae al menor pretende obtener, lo que quiere ser evitado, restituyendo las cosas al estado anterior de la sustracción.-----

⁹ “Entendemos que la sustracción internacional de menores de edad tiene como propósito impedir el derecho de visita o custodia a uno de los progenitores, mediante la sustracción por parte del otro progenitor u otro miembro de la familia, al niño o niña fuera del Estado en donde residen habitualmente. Tratando además de obtener ventajas en el país de destino del traslado, sean estas de orden judicial o administrativas, para impedir el retorno forzado. Impidiendo de esa forma la relación del hijo con el progenitor custodio en forma absoluta (secuestro internacional) o dificultarla en forma extraordinaria (sustracción internacional)”. Fundamento 12. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares.

¹⁰ El Informe explicativo señala: “12. En primer lugar, en todas las hipótesis, nos encontramos ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia. En ambos casos, la consecuencia es, en efecto, la misma: el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida. Por lo demás, en este contexto, poco importa la naturaleza del título jurídico sobre el que descansaba el ejercicio del derecho de custodia sobre la persona del menor: desde este punto de vista, la existencia o ausencia de una resolución relativa a la custodia no cambia en absoluto los aspectos sociológicos del problema. 13. En segundo lugar, la persona que traslada al menor (o que es responsable del traslado, cuando la acción material es llevada a cabo por una tercera persona) confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado el derecho de custodia. Se trata, por lo tanto, de alguien que forma parte del círculo familiar del menor, en un sentido amplio: de hecho, en la mayoría de los casos, la persona en cuestión es el padre o la madre”. El texto completo del Informe explicativo en: https://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21.

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

- iii) Aunque es verdad, que al realizarse la sustracción se crea una situación dramática cuya solución parece no satisfacer a nadie, no es menos cierto que lo que se busca es dar una solución rápida que impida el favorecimiento de quien rompió la unidad familiar¹¹. En esa línea, la restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia (aunque es una herramienta para su protección) por lo que no puede derivar en dilaciones innecesarias, dado que lo único que interesa es determinar si cabe o no restituir al menor al lugar donde tuvo su residencia habitual. Ello, de ninguna forma significa el desamparo del menor, sino que la decisión sobre la custodia, tenencia, patria potestad o régimen de visitas debe ser solucionada en el país de origen.-----
- iv) En los términos aquí expuestos, la residencia habitual es el lugar donde el menor permanecía antes del traslado ilícito, esto es, el lugar donde la familia tenía su domicilio permanente¹². Por consiguiente, los cambios de domicilio posteriores son irrelevantes, pues a menudo ellos ocurren precisamente por el hecho del traslado ilícito y a la necesidad de los padres de adecuarse a la nueva circunstancia existente.-----
- v) Lo dicho no significa que no deba haber estación probatoria, pero ella debe reducirse al mínimo y, en todo caso, debe efectuarse con la mayor celeridad posible porque el objetivo del Convenio es restituir las cosas al estado anterior de la sustracción¹³. Toda demora, por consiguiente, favorece a quien ha sido agente activo del traslado o retención ilícita, al modificar los afectos, la pertenencia y los recuerdos del menor.-----

¹¹ "No se puede desconocer que en la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor. Violentando la situación preestablecida en el Estado de residencia habitual del menor". Fundamento 35. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares.

¹² Por ello el convenio trata de "un traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia". Fundamento 36. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Agosto 2002. Instituto Interamericano del Niño IIN Organización de Estados Americanos OEA. Licenciado Jorge Valladares Valladares.

¹³ En ese sentido, la Reunión Interamericana de la red de jueces de La Haya y autoridades centrales sobre sustracción de menores, celebrada en México, entre el 23 al 25 de febrero del 2011, expresó: "De conformidad con la Ley Modelo Interamericana, se recomendó que, en la medida de lo posible, y respetando las normas del debido proceso se modifiquen las reglas de procedimiento con miras a aumentar la velocidad de los procedimientos, por ejemplo, limitando las instancias de apelación y reduciendo el número de audiencias" (fundamento 29).

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

- vi) Este Tribunal Supremo repara que los distintos órganos jurisdiccionales apelan al “*interés superior del niño*” para desacatar el mandato derivado del Convenio. Al hacerlo, expresan un cúmulo de generalidades o llenan de contenido al principio con expresiones cargadas de subjetividad y atendiendo a sus propias valoraciones sociales y culturales sin un valor objetivo de referencia. En casos, como los aquí detallados, el “*interés superior del niño*” tiene que relacionarse con los fines propios del Convenio y, es por ello, que debe entenderse que se protege dicho interés cuando se utiliza con celeridad un mecanismo de protección contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores, en un contexto en el que la verdadera víctima de ella es el menor, que es utilizado como propiedad de uno de los padres y que siente la incertidumbre de un nuevo entorno que tiene que asimilar¹⁴.-----
- vii) Existen excepciones que las autoridades judiciales o administrativas del Estado deben contemplar para no ordenar el retorno del menor. Así, el artículo 13 menciona que ella puede no prosperar cuando la persona que lo solicita no ejercitaba antes la custodia del menor; de similar modo, los apartados 1, literal b), y 2 del mismo artículo 13 consagran como excepción que se ponga en peligro físico o psíquico al menor o la coloque en una situación intolerable. Sin embargo, como se advierte, son excepciones, de lo que sigue que se trata de eventos extraordinarios cuya utilización no puede ser habitual ni frecuente, lo que supone exigencia en la motivación cuando ellas quieran ser utilizadas.-----

SEGUNDO.- De los actuados se ha acreditado que: **i)** La recurrente efectuó un traslado ilícito del menor, por cuanto no contaba con la autorización del demandante, pese a que ambos mantenían la custodia; **ii)** No se ha probado el grave riesgo a la integridad del menor, dado que el presunto abuso sexual del cual habría sido víctima no ha sido probado, siendo que por el contrario la denuncia por el presunto delito contra la libertad sexual fue archivada y de los certificados médicos emitidos se advierte que no existen signos de abuso sexual, tal cual se señala en el considerando

¹⁴ En efecto, como ha señalado el Sr. Dyer, en la literatura científica dedicada al estudio de este problema, "la opinión que uno encuentra más frecuentemente expresada, es que la verdadera víctima de una sustracción de menores" es el propio menor. Es él el que sufre por perder de repente su equilibrio, es él el que sufre el trauma de ser separado del progenitor que siempre había visto a su lado, es él el que siente las incertidumbres y las frustraciones que resultan de la necesidad de adaptarse a un idioma extranjero, a condiciones culturales que no le son familiares, a nuevos profesores y a una familia desconocida". Informe Dyer, pág. 21. Ver: Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents, elaborado por D. Adair Dyer, Doc. Prel. N.11, agosto de 1977, *supra*, págs. 18-25

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

décimo cuarto del voto que suscribo; y, **iii)** Si bien el menor se encuentra viviendo en el Perú por más de cuatro años, no es menos cierto que la demanda de restitución del menor se ha interpuesto en el plazo establecido y que vivió en la ciudad de Noordenveld, provincia de Drenthe-Países Bajos, hasta los ocho años, por lo que no le será difícil volver a establecerse en su ciudad de residencia.-----

TERCERO.- En tal sentido, si por “*residencia habitual*” ha de verificarse la que el menor, conjuntamente con su familia, tuvieron antes de la sustracción (línea interpretativa adecuada que va en consonancia con el sentido de la Convención y la necesidad de “*restitución*” al país de donde fue trasladado ilícitamente el menor), debe colegirse que tal residencia es la que corresponde a la ciudad de Noordenveld.-----

CUARTO.- Es verdad, que luego del tiempo de permanencia en el país, hay una correspondencia afectiva al lugar donde se encuentra y a las personas que lo rodean, pero no es menos cierto que dada la edad del menor (trece años) su proceso de reincorporación será mucho más rápido y las afectaciones que pueda sufrir podrán ser sanadas en breve tiempo sin mayor secuela. Sin duda, la restitución es de por sí un hecho dramático, mas no cabe perder de vista que tal acto fue originado por la decisión unilateral de una de las partes, quien rompió la residencia habitual del menor y no tuvo en cuenta la voluntad del padre.-----

QUINTO.- Lo señalado anteriormente tiene correspondencia con lo indicado por la psicóloga Evelyn Lizbeth Solís Pacori, quien acompañó al adolescente de iniciales D.N.D.A. en su viaje a Holanda, siendo que la citada profesional ha señalado en su Informe N.º 001 de fecha cuatro de julio de dos mil dieciocho, que el adolescente ha logrado interactuar de manera positiva con su padre. Asimismo, en el Informe Evolutivo de fecha doce de junio de dos mil dieciocho, la citada profesional señala: “Adolescente que se encuentra viviendo con su padre en el país de Holanda, logrando su integración con su reinserción social y familiar, se muestra emocionalmente estable, con sentimiento de culpa por la situación que atraviesan sus padres, mostrando un comportamiento adecuado, reconociendo sus errores y con una buena actitud para el cambio, y las nuevas vivencias, con rasgos de personalidad vulnerables, ante la situación de presenta” (*sic*). Informes que si bien han sido presentados el quince de mayo de dos mil dieciocho, estos se encuentran en el expediente y han estado disponibles para las partes, por lo que en virtud del principio de flexibilización establecido en el III Pleno Casatorio Civil, es factible proceder a su valuación.-----

SEXTO.- En tal sentido si la mayor barrera para el no retorno del adolescente al país donde tenía su residencia habitual era su conducta renuente de estar con su padre, se

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

advierte que esta ya no es tal, por cuanto el menor aceptó voluntariamente viajar con su padre tal cual se aprecia del Informe Psicológico Evolutivo suscrito por la psicóloga Evelyn Lizbeth Solís Pacori, en donde concluye que: “El adolescente se encuentra estable emocionalmente con ciertos niveles de ansiedad, con buena predisposición para viajar, no muestra resistencia ni molestia, está tranquilo esperando la salida del vuelo” (sic); en ese sentido, no existen razones que impidan que el menor siga en el país de Holanda.-----

SÉTIMO.- Estando a lo expuesto, se dan los supuestos para declarar infundada la casación, dado que se encuentra acreditada la sustracción ilícita del menor de su residencia habitual y la necesidad de su restitución ante la inexistencia de las excepciones contempladas en el referido Convenio, así como que el menor se encuentra adaptándose positivamente a su nuevo hogar.-----

Por estos fundamentos, y con lo expuesto en el Dictamen Fiscal, **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por **C** [REDACTED] **E** [REDACTED] **Á** [REDACTED] **Z** [REDACTED] (página mil novecientos veinticinco); en consecuencia, **NO SE CASE** la sentencia de vista de fecha siete de abril de dos mil dieciséis (página mil ochocientos cincuenta y cinco); **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por **R** [REDACTED] **J** [REDACTED] **D** [REDACTED] contra **C** [REDACTED] **E** [REDACTED] **Á** [REDACTED] **Z** [REDACTED] y otros; sobre Restitución Internacional de Menor; y se devuelvan.-

S.

CALDERÓN PUERTAS

EL VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS MIRANDA MOLINA, ORDÓÑEZ ALCÁNTARA Y DE LA BARRA BARRERA, ES COMO SIGUE:=====

De conformidad con el Dictamen del Fiscal Supremo. -----

I. ASUNTO: -----

Se trata del recurso de casación, interpuesto por la demandada **C** [REDACTED] **E** [REDACTED] **Á** [REDACTED] **Z** [REDACTED] a fojas mil novecientos veinticinco, contra la sentencia de vista, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, de fojas mil novecientos veinticinco, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; que confirmó la

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

sentencia apelada de fecha veintitrés de octubre de dos mil quince, que declaró fundada la demanda sobre Restitución Internacional de Menor. -----

II. FUNDAMENTOS: -----

PRIMERO.- Por auto de calificación de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de: **i) Infracción normativa de los artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:** Las excepciones contempladas en la Convención de La Haya deben ser materia de un cuidadoso análisis y deben interpretarse en mérito al interés superior del niño. La sentencia de vista hace una interpretación indebida de las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 de la citada Convención de La Haya. Tanto el *A quo* como el *Ad quem* no han interpretado de manera correcta estos apartados, siendo que se han limitado a solicitar o desvalorar por no existir sentencia, cuando la interpretación es al solo riesgo o peligro, lo que en autos se encuentra acreditado con sus medios probatorios. **ii) Infracción de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, I, II y IX del Título Preliminar, 122 inciso 3, 171 y 197 del Código Procesal Civil y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:** Se ha violado flagrantemente su Derecho de Defensa, no habiéndose valorado de manera suficiente los medios probatorios que fueron ofrecidos por su parte y los de oficio; se han sesgado las conclusiones arribadas en los informes psicológicos, extrayendo solamente los aspectos desfavorables, no apreciando los aspectos resaltados por su parte. Solo se han considerado las pruebas del demandante y se han interpretado conforme a lo que este ha argumentado. No se han considerado las pruebas de la demandada, con relación imperativa con el Principio Supranacional del Derecho del Menor, aunado al hecho de haberse determinado la calidad violenta y agresiva del actor llevado a un Proceso de Violencia Familiar, no habiéndose desvirtuado su responsabilidad.-----

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.- El Principio de Motivación de los Fallos Judiciales constituye una exigencia que está regulada como garantía constitucional, consagrada en el artículo

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, 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 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”* (Casación número 1730-2013-Del Santa).-----

CUARTO.- La Suprema Corte, consciente de la evolución que ha sufrido la institución de la familia a lo largo de los años, que ha desembocado en el reconocimiento de diferentes tipos de familia diferente a la tradicional, como son familias monoparentales, familias ensambladas, familias con nido vacío, entre otras, que ha producido que los roles de cada miembro ha ido variando, pero que a pesar de ello, en aquellas familias en las que estén presentes tanto la figura materna como la paterna, la función que estos desempeñen, sean convivientes o no, debe desarrollarse de la manera más responsable en atención al desarrollo emocional del menor, atendiendo a la función socializadora de la familia en relación al menor. Es por tan importante función, que el menor requiere mantener una buena comunicación con ambos padres, independientemente si estos residen o no en el mismo hogar, como así ha sido reconocido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de modo que no solo es derecho de los padres de comunicarse con su hijo, sino que más bien es derecho del menor de comunicarse con sus padres, de modo que, los conflictos que pudieran existir entre los padres, no pueden menoscabar la educación que se brinda al menor.-----

QUINTO.- Que, ahora bien, cuando se trate de familias disgregadas, como es el caso de autos, debe tenerse en cuenta además que, debe establecerse regímenes de tenencia, alimentos y de visitas correspondiente a cada uno de los progenitores en relación al menor, lo que acarrea deberes y derechos para ambos padres, así como facilita una

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

constante interacción con el menor. En ese sentido, es que todas las medidas que se tomen en relación al menor deben darse teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y que si bien es cierto, es un término de amplio grado de indeterminación, debe ser aplicado tomando en cuenta las condiciones particulares de cada caso en concreto, de modo que no es posible fijar reglas para la aplicación de dicho principio.-----

SEXTO.- Que, debe tenerse en cuenta además, que las experiencias que reciba la persona durante su niñez serán fundamento de su vida adulta. Asimismo, para la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño debe dejarse de lado la visión paternalista, que tiene al menor como un sujeto de protección, sino que se debe velar por otorgarle las condiciones necesarias para adquirir progresivamente mayor autonomía e identidad de adulto que le permita ejercer por sí mismo sus derechos y deberes.-----

SÉTIMO.- El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, 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, de fecha siete de julio de dos mil y ratificada mediante Decreto Supremo número 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, de fecha quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa número 28246, de fecha diecisiete de mayo de dos mil cuatro y ratificada por el Decreto Supremo número 058-2004-RE, de fecha nueve de setiembre de dos mil cuatro y publicada al día siguiente; así como de la Convención sobre los Derechos del Niño

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por Perú mediante la Resolución Legislativa número 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 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. -----

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 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.- 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:

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

“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 TERCERO.- 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 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 CUARTO.- Por consiguiente, es evidente que el Interés Superior del Niño resulta ser aquel principio rector que impone al Estado no solo la obligación de adoptar que 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 QUINTO.- 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 SEXTO.- Bajo estos parámetros y de la revisión de la sentencia de vista, tenemos que la decisión adoptada por la Sala Superior se sustenta en el sentido que:---

- a) No es idónea, ni suficiente la sola aseveración de la existencia o realización de violencia familiar, sino que ella debía sustentarse con una sentencia sobre violencia familiar que acredite la comisión del hecho y responsabilidad del

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

demandante. Resulta una interpretación restringida, pues no ha tenido en cuenta que la Convención en modo alguno exige, para efectos de sopesar la posibilidad de grave riesgo o situación intolerable en la que podría encontrarse un niño, niña o adolescente de atenderse el pedido de restitución internacional, el hecho que previamente se haya expedido una *sentencia* que determine la comisión de un delito y la responsabilidad penal de la persona que reclama los derechos de custodia, pues lo que se tiene que evaluar es si la restitución reclamada por sí misma implica para el niño un grave riesgo a su integridad o una situación intolerable. -----

- b) El menor ha manifestado de forma reiterada los maltratos sufridos por su padre, lo que evidencia que el menor adopta y reafirma sus opiniones negativas contra su padre en mérito a actitudes influenciadas por su madre con las cuales “refuerza” las opiniones negativas. Esta premisa vulnera el Principio de Congruencia que debe prevalecer en todo proceso, pues denota una evidente contradicción, al señalar de una parte que el menor estaría siendo influenciado por su madre, cuando de autos se ha acreditado fehacientemente a folios setecientos setenta y seis, que el menor no sufre de alienación parental. -----
- c) No se ha tenido en cuenta que el menor en declaraciones de *forma reiterada* expresa la comisión de dichos actos. La Sala Superior está desconociendo los alcances de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, renunciando a la función tuitiva que le corresponde desplegar a favor del adolescente. -----

Estos argumentos, constituyen una motivación insuficiente que vulnera lo preceptuado en la Carta Magna, sobre Debido Proceso y Debida Motivación de las Resoluciones Judiciales, por lo que debe ser enmendado, no solo conforme a los lineamientos constitucionales indicados, sino en concordancia con el Interés Superior del Niño y a la trascendencia humana de su tratamiento, describiendo en forma objetiva la situación actual del menor cuya restitución internacional se pretende, el mismo que vivió en territorio peruano desde los ocho (08) años de edad, 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. -----

Por los fundamentos precedentes, y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil: **NUESTRO VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada **C** **E** **Á** **Z** a

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

fojas mil novecientos veinticinco; por consiguiente, **NULA** la recurrida, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **SE ORDENE** que el *Ad Quem* emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la presente resolución; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por R. J. D. contra C. A. Z. sobre Restitución Internacional de Menor; y se devuelvan.-

S.S.

MIRANDA MOLINA

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

DE LA BARRA BARRERA

Ksj / Jja

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO ORDÓÑEZ ALCÁNTARA, ES COMO SIGUE:=====

ME ADHIERO al voto de los Señores Jueces Supremos **MIRANDA MOLINA y DE LA BARRA BARRERA**, pero con las siguientes precisiones:-----

De conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo.-----

I. MATERIA DEL RECURSO:-----

Se trata del recurso de casación interpuesto por C. E. A. Z. a fojas mil novecientos veinticinco, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que confirmó la sentencia apelada de fojas mil seiscientos veintisiete, de fecha veintitrés de octubre de dos mil quince, que declaró fundada la demanda sobre Restitución Internacional de Menor.-----

CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Por auto de calificación de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de **i) Infracción normativa de los artículo 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:** Alegando que las excepciones contempladas en la Convención de La Haya deben ser materia de un cuidadoso análisis, y deben interpretarse en mérito al interés superior del niño. La sentencia de

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

vista hace una interpretación indebida de las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 de la citada Convención de La Haya. Tanto el *A quo* como el *Ad quem* no han interpretado de manera correcta estos apartados; pues, se han limitado a solicitar o desvalorar por no existir sentencia, cuando la interpretación debida debe ser suficiente ante la existencia de riesgo o peligro, lo que en autos se encuentra acreditado con los medios probatorios ofrecidos por la recurrente. Asimismo, por ii) **Infracción normativa de los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, I, II y IX del Título Preliminar, 122 inciso 3, 171 y 197 del Código Procesal Civil:** Aduciendo que se ha violado flagrantemente su derecho de defensa, no habiéndose valorado de manera suficiente los medios probatorios que fueron ofrecidos por su parte y los de oficio; se han sesgado las conclusiones arribadas en los informes psicológicos, extrayendo solamente los aspectos desfavorables, no apreciando los aspectos resaltados por su parte. Solo se han considerado las pruebas del demandante y se han interpretado conforme a lo que este ha argumentado, y no se han considerado las pruebas de la demandada a la luz del Principio Supranacional del Derecho del Menor, aunado al hecho de haberse determinado la calidad violenta y agresiva del accionante.-----

SEGUNDO.- Habiéndose declarado procedente el recurso interpuesto por las causales de infracción normativa material y procesal, deben analizarse en primer término los agravios referentes a la infracción normativa procesal, por cuanto en la eventualidad que se declare fundado el presente recurso, no será necesario examinar los agravios referentes a la infracción normativa material. -----

TERCERO.- En ese sentido, se debe tener como premisa de análisis de la resolución impugnada que, el *debido proceso* es un derecho complejo; pues, está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento; o sea, se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de estos. Como señala la doctrina procesal y constitucional, 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 integrantes; y que se refieren, ya sea a las estructuras y características del Tribunal, al procedimiento que debe seguir, a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa.-----

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

CUARTO.- Bajo ese contexto dogmático, la causal de la infracción normativa procesal denunciada se configura, entre otros supuestos, en los casos en los que en el desarrollo del proceso no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, o si la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento.-----

QUINTO.- A su vez, el principio precedente de motivación de los fallos judiciales tiene como vicio procesal dos manifestaciones: **1)** La falta de motivación, y **2)** La defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: **a)** Motivación aparente; **b)** Motivación insuficiente; y, **c)** Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, se presenta cuando se vulnera el principio de la razón suficiente, y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del Juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.-----

SEXTO.- Bajo estos parámetros, procederemos a analizar la sentencia de vista materia de casación, a fin de corroborar que la decisión adoptada en esta se encuentre adecuadamente fundamentada; es decir, si establece la relación de hecho en base a su apreciación probatoria, si interpreta y aplica las normas que se consideran pertinentes, que no se afecte la logicidad, ni se vulnere el derecho a probar en cualquiera de sus vertientes, a fin de supervisar que no exista transgresión alguna al principio de debida motivación de las sentencias. Es decir, si su pronunciamiento se ha ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso.-----

SÉTIMO.- Bajo esas premisas, en relación a la infracción normativa procesal denunciada, resulta pertinente reseñar que los artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, prevén, en el caso de la primera de las citadas normas, cuál debe ser la actuación de la autoridad competente para la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado parte del Convenio; y, en el caso de la segunda norma citada, las excepciones a dicho deber de restitución, entre las cuales se encuentra contenido el Principio del Interés del Niño y del Adolescente. Ahora bien, dada la trascendencia de los derechos en debate, deben realizarse precisiones y alcances sobre la normatividad vigente.-----

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

OCTAVO.- 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 la Resolución Legislativa número 27302 del siete de julio de dos mil, y ratificada mediante el Decreto Supremo número 023-2000-RE de fecha uno de agosto del mismo año, y publicado al día siguiente.-----

NOVENO.- En el contexto descrito, se advierte en línea de principio que el referido Convenio no versa sobre competencia judicial, derecho aplicable, ni 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.-----

DÉCIMO.- 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 chenta y nueve, aprobada por el Perú mediante la 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 setiembre 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 la Resolución Legislativa número 25278 de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa, publicada al día siguiente. También deben tenerse presentes 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 PRIMERO.- 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 I 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

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

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.-----

DÉCIMO SEGUNDO.- 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 TERCERO.- 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 da el primer supuesto fáctico contenido en la normatividad supranacional que se cita; es decir, el traslado del menor a un país distinto al de su residencia habitual, sin el consentimiento del otro padre, con quien el sustractor o sustractora, compartía la custodia del menor.-----

DÉCIMO CUARTO.- Un principio cardinal dentro del ámbito de protección del menor es el referido al Principio del 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*

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

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 QUINTO.- 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 el traslado ilícito 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. Asimismo, la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone, a lo que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”.-----**

DÉCIMO SEXTO.- Por consiguiente, es evidente que el interés superior del menor resulta ser aquel principio rector que le impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz 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 tanto, dicho principio solamente resultará eficaz en la medida que la determinación se tome con prontitud y diligencia.-----

DÉCIMO SÉTIMO.- 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 OCTAVO.- Retomando el razonamiento del interés superior del niño y a la trascendencia humana de su tratamiento, debe describirse en forma objetiva la situación actual del menor cuya restitución internacional se pretende, el mismo que vivió en Holanda hasta los ocho años de edad, y durante los cinco años siguientes en el Perú, siendo que actualmente cuenta con trece años de edad (púber), edad en la que tiene mayor sentido y conciencia 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 del menor y de la pericia psicológica que se le ha practicado, efectuada por un equipo multidisciplinario, la cual obra a fojas setecientos sesenta y seis, se advierte que este evidencia indicadores emocionales de

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

violencia y maltrato psicológico infantil, y en la Audiencia Única de fojas ciento cuarenta, ha expresado un profundo apego a su madre; por otro lado, ha manifestado no querer regresar a Holanda, pues refiere haber sido víctima de maltratos a nivel escolar, y principalmente por parte de su padre. Indicó además, que fue víctima de maltratos físicos y psicológicos, tanto él como su madre, citando el testimonio del menor en la referida Audiencia, éste señaló que: *“(...) no extraña a su papá pues este lo maltrataba en Holanda, lo chinchoneaba, lo empujaba, que sí recuerda lo del año pasado, que ha estado en Holanda hasta los ocho años, que su papá le pegaba y se agachaba para evitar que le siga golpeando, lo sujetaba y le pegaba, no sabía por qué se enojaba su papá, y este se enojaba porque no le hacía caso a él, él se fue y con la mano destruyó un radio, le pegaba con el puño en la cabeza, en el estómago, en el pecho, en las piernas, en los brazos (...), y esto le contó a su mamá, y fue a la policía lo que le contó (...)”*. A mayor abundamiento, al realizarse la visita del demandante al menor, por intermedio del equipo multidisciplinario, cuya constancia corre a fojas mil quinientos cuarenta y nueve, se puede observar que: *“Al intentarse gradualmente el encuentro del niño con su padre, el menor expresó un rotundo rechazo, con reacciones ansiosas (frotamiento de manos, movimientos corporales, etc.) crítica a la situación, exigiendo que se respete su decisión de no verse con su padre. Vista esta reacción del menor, el equipo multidisciplinario, con la opinión coincidente del psicólogo del Colegio, se decidió suspender la visita (...)”*. Entonces, si lo que queremos es evitar el grave peligro psíquico, expuesto en el décimo quinto considerando, entendida como aquella circunstancia, que sin afectar su integridad física, coloque al 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, y porque de su declaración se desprende que está totalmente convencido de que si regresa a Holanda con su padre, volverá a ser objeto de maltrato. A todo ello debe agregarse que el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención de La Haya sobre “Los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, refiere que no procederá la orden de restitución si se demuestra que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente: *“La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo ambiente”*. Siendo que, en el presente caso, del informe psicológico emitido por el equipo multidisciplinario de fojas setecientos sesenta y seis,

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

se observa que el menor D. [REDACTED] N. [REDACTED] D. [REDACTED] Á. [REDACTED] lleva viviendo en el Perú más de cinco años con su madre y sus abuelos maternos, con quienes manifiesta tener una buena relación, y que en el año dos mil quince cursaba estudios de nivel primaria en el Colegio “Lord Byron”; en el cual, conforme al informe de progreso educativo de fojas ochocientos treinta y dos a ochocientos treinta y tres, tiene buenas calificaciones; lo que evaluado en conjunto con las instrumentales fotográficas de fojas trescientos once a trescientos veintiocho y de fojas quinientos sesenta y seis a quinientos setenta y nueve, nos llevan a concluir que el menor D. [REDACTED] N. [REDACTED] D. [REDACTED] Á. [REDACTED] se ha integrado a su nuevo ambiente; es decir, se ha producido un arraigo, por lo cual, sería perjudicial para su estabilidad emocional y para el desarrollo de su personalidad, si a la actualidad es retornado a Holanda.-----

DÉCIMO NOVENO.- En ese orden de ideas, ha de prevalecer el primordial interés superior del 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.-----

VIGÉSIMO.- Debe considerarse negativo para su estado emocional, la alteración de su vida escolar, social y familiar que se produciría al ser trasladado a Holanda, sobre todo si se tiene en cuenta que en la actualidad tiene ya trece años de edad, y lleva viviendo más de cinco años en el Perú, habiéndose adaptado fácilmente a su nuevo entorno familiar y social.-----

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

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por todo lo expuesto, al no haberse considerado los aspectos precedentemente desarrollados; esto es, el Principio del Interés Superior del Niño, y la existencia de arraigo del menor, hace que la sentencia de vista impugnada contenga una insuficiente motivación, afectando de esta manera el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.-----

Por las razones expuestas, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por C. [REDACTED] E. [REDACTED] Á. [REDACTED] Z. [REDACTED] a fojas mil novecientos

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

**CASACIÓN 2001-2016
AREQUIPA
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR**

veinticinco; por consiguiente, **SE CASE** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; en consecuencia, **NULA** la misma; y, **SE ORDENE** que el *Ad quem* emita nueva sentencia con arreglo a ley, y conforme a lo establecido en los considerandos precedentes; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad, en los seguidos por R [REDACTED] J [REDACTED] D [REDACTED] contra C [REDACTED] E [REDACTED] Á [REDACTED] Z [REDACTED] y otros, sobre Restitución Internacional de Menor; y se *devuelvan*.-

S.

ORDÓÑEZ ALCÁNTARA

Hhh / Cbs / Csc