

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

Lima, nueve de marzo de dos mil diez.-

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

VISTOS; con el expediente acompañado, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema emite la siguiente sentencia

RECURSO DE CASACIÓN

Recurso de casación interpuesto por Cesárea García Saavedra por derecho propio y en representación de Rocío del Pilar González García a fojas quinientos cuarenta y cuatro, contra la sentencia de vista del diecisiete de junio de dos mil nueve, corriente a fojas quinientos veintitrés, que revoca la sentencia de fojas cuatrocientos treinta de fecha doce de diciembre de dos mil ocho, y reformándola, declara fundada la demanda de restitución internacional de menor interpuesta por David Pastor Martínez y ordena que se restituya a la niña Gabriela Pastor González a España, quien deberá arribar al domicilio paterno.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Mediante auto calificadorio del veintitrés de septiembre de dos mil nueve, corriente a fojas treinta y cuatro del cuaderno de casación se declaró procedente el recurso por las siguientes infracciones:

- a) Infracción de los artículos 1, 3 y 4 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores.** Señalando que la Sala Superior hizo una fraccionada referencia al artículo 1 de la Convención, trastocando la filosofía de dicho instrumento normativo en cuanto a simplicidad de trámites, ausencia de trabas burocráticas y adopción de medidas de urgente tutela. Sobre el artículo 3 de la Convención refiere que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

la Sala Superior ha tratado de otorgar virtualidad jurídica a una existente residencia habitual de la menor antes del diecinueve de marzo de dos mil tres, desconociendo por completo que era materialmente imposible formar un centro de vida para ella debido a su breve permanencia en España (de los siete meses a los diez meses de edad) y su traslado consentido al Perú en modo alguno generó peligro o daño a su integridad física o moral; pues en nuestro país se consolidó para la menor una residencia habitual. Y uno de los presupuestos para apreciar, bajo el artículo 4 de la Convención, un traslado o retención ilícita es la presencia -previa- de una residencia habitual en un Estado contratante (España), y no hubo traslado ni retención ilícita.

b) Infracción de los artículos 33, 37 y 410 del Código Civil

Peruano. Sostiene que la Sala Superior crea nuevas instituciones en el Código Civil, derecho de las personas (Domicilio), en tales motivos se funda el domicilio parental y domicilio habitual, al primero de ellos se le confunde con el domicilio del incapaz regulado en el artículo 37 del Código Civil, y en cuanto al segundo, conforme al artículo 33 del citado Código, la residencia habitual es uno de los elementos del domicilio. La recurrida sostiene que la patria potestad se puede ejercer por encargo, no obstante el artículo 410 del Código sustantivo establece que únicamente la ejercen los padres, por tanto asumir que se le otorgó la misma a la codemandada García Saavedra resulta jurídicamente imposible.

c) Infracción de los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.

Al respecto señala que el interés superior del niño importa la búsqueda de adecuadas condiciones para que el menor se desarrolle de manera equilibrada respetando sus derechos en un plano formal y material. Cuando se ha revocado la sentencia y dispuesto que la menor sea entregada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

a su progenitor para que viva con él, en modo alguno se ha tenido en cuenta el hallarse en plena etapa de escolar e integrada a su medio ambiente; tampoco se ha meritado el hecho importante como es que el demandante es un completo extraño para la menor, pues no la ve desde el año dos mil tres ni se contacta con ella, es el caso que el acercamiento debió darse de manera progresiva; además del hecho de que el accionante es una persona violenta y existe una deuda de él por alimentos.

d) Finalmente, infracción del artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú. Señala que la recurrida quebró el principio de igualdad ante la ley, pues la Sala Superior hace suya una prueba instrumental como es el certificado de movimiento migratorio presentada por el incoante en segunda instancia y admitida pese a que los actos postulatorios estaban precluidos. Se afirma un hecho que no se encuentra probado en el proceso consistente en que la menor posea una distorsión de roles parentales al llamar “papá” al cónyuge de la co-demandada abuela materna, cuando en autos no hay una sola foja que indique ello. En otro extremo de la recurrida se conculca el derecho a la intimidad de la co-demandada Gonzáles García al calificar como recurrente el proceder que ella tiene con su menor hijo Gean Piers Marín Gonzáles. Solo fueron objeto de compulsión los medios probatorios presentados por el demandante.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en autos se han producido los siguientes actos procesales: **I)** El demandante David Pastor Martínez, a través de su representante legal, postula la presente demanda de fojas cuarenta y uno con la finalidad de solicitar la restitución de la menor Gabriela Pastor Gonzáles, a fin de que se ordene la inmediata restitución y retorno a España en virtud de haber sido sustraída ilícitamente por la demandada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

Rocío del Pilar Gonzáles García. II) Tramitado el presente proceso por los cauces que a su naturaleza corresponde, el Décimo Sexto Juzgado de Familia de Lima, ha declarado infundada la demanda. III) La Segunda Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima emite la sentencia de vista, revocando la apelada, y reformándola declara fundada la demanda de restitución de menor, considerando fundamentalmente que el domicilio parental se encuentra en España en tanto ambos progenitores están residiendo en dicho país, y en la entrevista efectuada a la niña que obra a fojas doscientos uno, ella ha expresado su deseo de mantener una relación directa con ambos padres; y si bien el padre otorgó permiso para que la madre traslade a la menor al Perú, cierto es también que en el proceso no existe documento que contenga la decisión de una residencia permanente en el Perú, y menos sin la progenitora, quien la dejó al cuidado de terceras personas (abuela materna) y el cónyuge de esta, generándose una distorsión en los roles parentales.

SEGUNDO.- Que, resulta necesario precisar una primera cuestión: los hechos y la prueba en este proceso han quedado establecidos por las instancias de mérito, por tanto no cabe respecto de ellos realizar una nueva estimación dada la naturaleza y fines del recurso de casación.

TERCERO.- Que, a continuación corresponde emitir pronunciamiento sobre las infracciones declaradas procedentes:

En cuanto a la infracción contenida en el acápite **a)** de los fundamentos del recurso debe establecerse si los artículos 1, 3 y 4 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores han sido adecuadamente aplicados.

En relación al artículo 1 citado, el hecho de omitir la palabra “inmediata” en el razonamiento judicial no redundará en la solución del conflicto en debate ni tiene por tanto incidencia directa sobre la decisión impugnada.

Tampoco incide en la definición del pleito la referencia a los artículos 3 y 4 de la Convención de la Haya de lo que debe entenderse como “residencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

habitual”, desde que el concepto mencionado en la sentencia de mérito se refiere a la necesidad que los hijos menores residan con sus padres en el país en donde éstos tengan su domicilio. Razones por las cuales este extremo del recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- Que, en relación a la infracción normativa contenida en el acápite **b)**, los artículos 33 y 37 del Código Civil contienen definiciones que no han sido objeto de debate en sede judicial. Mas bien se ha incurrido en error al mencionar la infracción normativa del artículo 410 del Código Civil tanto por la recurrente como en la resolución de calificación, cuando en realidad se trata del artículo 419 del Código sustantivo cuyo contenido se refiere al ejercicio común de la patria potestad y que no ha sido materia del petitorio de la demanda ni del punto controvertido.

En consecuencia, estos argumentos deben ser rechazados.

QUINTO.- Que, en el acápite **d)** de los fundamentos del recurso, la recurrente sostiene la infracción normativa del artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú. Esta infracción no se ha producido en el caso de autos dado que el principio de igualdad ante la ley no ha sido violado.

Este agravio, en consecuencia, también debe ser desestimado.

SEXTO.- Que, en relación a la infracción normativa contenida en el acápite **c)**, esto es, la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, estas normas regulan el Principio de Interés Superior del Niño y del Adolescente así como que los procesos en que están involucrados los niños o adolescentes deben ser tratados como problemas humanos. Ahora bien, dada la trascendencia de los derechos en debate debe realizarse precisiones y alcances sobre la normatividad vigente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

SÉPTIMO.- Que, 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 pronta restitución al país de residencia habitual, Convención a la cual se ha adherido el Perú mediante Resolución Legislativa N°27302 del siete de julio de dos mil, y ratificada mediante Decreto Supremo N°023-2000-RE de fecha uno de agosto del mismo año y publicado al día siguiente.

OCTAVO.- Que, 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 residencial habitual, esta es pues la verdadera naturaleza y objetivo de dicho instrumento internacional.

NOVENO.- Que, una cuestión igualmente importante que conviene precisar es que el Perú resulta además ser Estado Parte de los siguientes instrumentos internacionales estrechamente vinculados al presente tema: la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del quince de julio de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N°28246 del diecisiete de mayo de dos mil cuatro y ratificada por el Decreto Supremo N°058-2004-RE del nueve de septiembre de dos mil cuatro y publicada al día siguiente; así como de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25278 de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa y publicada al día siguiente. También deben tenerse

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

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.- Que, 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.

UNDECIMO.- Que, 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

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

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

DECIMO CUARTO.- Que, 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 rápida y eficazmente la protección de los niños, sino que además debe ser el factor de inspiración en las decisiones que sobre

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

restitución internacional deban adoptarse, por tanto dicho principio solamente resultara eficaz en la medida que la determinación se tome con prontitud y diligencia.

DECIMO QUINTO.- Que, 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.

DECIMO SEXTO.- Que, retomando el razonamiento del considerando sexto de esta resolución relativo al interés superior del niño y a la trascendencia humana de su tratamiento, debe describirse en forma objetiva la situación actual de la menor cuya restitución internacional se pretende, quien desde el trece de mayo de dos mil dos, fecha de su nacimiento en el Perú, hasta la actualidad, y con la sola excepción del tiempo de tres meses que residió en España, se encuentra radicando en el país, en forma estable y viviendo en la actualidad con su abuela materna. Tales circunstancias, permiten afirmar en coincidencia con lo resuelto por el Juez Especializado que el centro de gravedad de sus afectos y vivencias actual de la menor encuentra su sede en nuestro territorio.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

Cas. N° 2979-2009

LIMA

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

DÉCIMO NOVENO.- Que, por todo lo expuesto debe estimarse que se ha producido en el presente proceso la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

DECISIÓN:

De conformidad en parte con el dictamen Fiscal Supremo, por los fundamentos glosados y estando a lo dispuesto en la primera parte del artículo 396 del Código Procesal Civil: declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Cesárea García Saavedra de Caparo, por propio derecho y en representación de Rocío del Pilar Gonzáles García a fojas quinientos cuarenta y cuatro; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fojas quinientos veintitrés, del diecisiete de junio de dos mil nueve, y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas cuatrocientos treinta, su fecha doce de diciembre de dos mil ocho, que declara **INFUNDADA** la demanda de fojas cuarenta y uno interpuesta por David Pastor Martínez; en los seguidos sobre restitución internacional de menor; y, los devolvieron. Interviene como Juez Supremo ponente el señor Almenara Bryson.-

SS.

ALMENARA BRYSON

LEÓN RAMÍREZ

VINATEA MEDINA

ÁLVAREZ LÓPEZ

VALCÁRCEL SALDAÑA

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

Cas. N° 2979-2009

LIMA

Jep'