

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

Lima, ocho de marzo del dos mil doce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con lo expuesto por el Fiscal Adjunto Supremo Titular; vista la causa numero ochocientos ochenta y cinco de dos mil once. en audiencia publica en la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia-----

1. MATERIA DEL RECURSO:

Es materia de autos el recurso de casación interpuesto a fojas ochocientos sesenta y nueve por el demandado Amador Bellido Fuentes, contra la sentencia de vista de folios ochocientos cuarenta, su fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que confirma la sentencia de primera instancia de fecha dieciséis de julio de dos mil diez, que declara fundada la demandas, en consecuencia, dispone la restitución inmediata de los menores Amador y Ayrton Bellido Pérez al país de Italia. -----

2.FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

La Sala mediante resolución de fecha veinte de julio de dos mil once, estimó procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa material de los artículos 3 y13 incisos a) y b) de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en base a lo alegado por el casacionista quien

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

sostuvo que la sentencia de vista bajo el argumento que el recurrente ha sido el único padre que ha solicitado el salvoconducto de sus hijos en Italia, hecho que no esté corroborado en autos y de acuerdo a la información enviada por el Consulado del Perú en Italia al Décimo Sexto Juzgado de Familia, deja de aplicar las normas invocadas; que la madre de los menores no tiene estabilidad alguna en Italia, no ha mostrado su permiso de trabajo actualizado y los menores no tienen visa para residir en Italia, ese sentido, existe un grave riesgo de que la restitución de los menores los exponga a un peligro grave, pues o ingresarían a un orfanatorio estatal Italiano a los deportarían con su progenitora quien no ostenta la custodia o tenencia legal de sus dos hijos, además que no se ha considerado que el recurrente también es padre y tiene las mismas garantías que la madre: siendo así, el *A quem* ha debido aplicar correctamente el derecho sustantivo determinado por las normas denunciadas, pues no ha existido sustracción ilícita de sus hijos, y contó con la autorización de su madre para venir a vivir al Perú, peso sobre todo, que sus hijos no poseen visa, ni residencia en Italia que les otorgue seguridad jurídica, poniéndolos así en situación intolerable como sanciona el inciso b) del artículo 13 de la Convención.

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que. previo al análisis de la materia de fondo, resulta oportuno dejar sentado algunas consideraciones básicas que enmarcaran la decisión a adoptarse, resultando oportuno citar al autor Peter Haberle quien sostiene que : *"Ninguna sociedad que se precie de mantener una identidad con el bien común puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un*

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

complejo cultural, en el que es posible identificar un mínimo común axiológico (..), agregando que "/a Constitución no se limita ser un conjunto de *textos* jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural un medio de autorepresentación (...) de todo un pueblo espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (···).De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente "cultivados (la voz "cultura" como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) pare que devengan autentica Constitución "

SEGUNDO.- Que, en ese mismo sentido el Tribunal Constitucional ha expresado que : "*El transito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también; una Norma Jurídica, es decir. una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica el! ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional. conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos. poderes absolutos o*

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

TERCERO.- *Que, en el marco expuesto adquiere especial importancia las pautas sobre debido proceso entendido como un complejo de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia a insuficiencia de un proceso o procedimiento, o 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 según Faúndez Ledesma "por su naturaleza misma. se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez este conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes a elementos integrantes, y que se refieren ya sea a las estructuras y características del tribunal, al procedimiento que debe seguir y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa". Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, cuyo disfrute se convierte en garante el Juez, dentro del desarrollo de su función jurisdiccional que incluyen, la tutela jurisdiccional efectiva, la observancia de la jurisdicción y de la competencia predeterminada por Ley, la pluralidad de instancias, la motivación y la lógica de las resoluciones, el respeto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción, de contradicción) entre otros. -----*

CUARTO.- *Que, por lo tanto estaremos frente a una infracción a*

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

la normativa procesal cuando, entre otros supuestos, durante el desarrollo del proceso, no se respeten los principios y garantías del proceso en las instancias de mérito, por haberse obviado o alterado actos de procedimiento, lo cual genere que la tutela jurisdiccional no haya sido electiva; y haya influido para que incumpla con el deber de motivar sus decisiones y lo haya realizado en forma incoherente, con clara transgresión del derecho vigente, y sobre todo de los principios procesales. -----

QUINTO.- Que, antes de continuar con el análisis del proceso y lograr verificar la existencia a no de infracciones jurídicas procesales: corresponde realizar algunas referencias fácticas, sobre este caso concreto. En ese sentido, se aprecia que mediante la presente demanda sobre restitución internacional de menor, interpuesta por la abogada del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, en su calidad de Autoridad Central Peruana para la aplicación y cumplimiento de la Convención del Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de Edad, en representación de su poderdante Enna Elva Pérez Lino, con domicilio en Italia, a fin que se ordene la restitución o retorno a la Republica de Italia de los niños Amador Bellido Pérez de tres años de edad, nacido el veintinueve de marzo de dos mil cuatro y Ayrton Bellido Pérez de un año de edad, nacido el veintiuno de octubre de dos mil cinco, ambos en Milán Italia, por ser su residencia habitual, al ser trasladados y retenidos ilícitamente, constituyendo una retención ilícita prevista en el artículo 3 de la citada convención de La Haya- -----

SEXTO.- Que, mediante sentencia contenida en la resolución numero sesenta y uno de fecha dieciséis de julio de dos mil diez, expedida por el Décimo Sexto Juzgado Especializado de Familia de

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

Lima, se declaró fundada la demanda bajo los siguientes fundamentos: **a) Lugar de residencia** habitual. entendido como un concepto de puro hecho, referido a aquel lugar en el que, inmediatamente antes de su traslado al país requerido. el niño tenía establecido su centro de vida, sus relaciones inmediatas, sus estudios. en el presente caso los menores nacieron en Milán Italia, vivieron en ese país hasta su traslado al Perú, tal como fue admitido por ambas partes Si bien el padre argumenta que los menores en la actualidad tienen un hogar establecido en el Perú, cursan estudios escolares y se encuentran directamente bajo su cuidado, ello no constituye impedimento para concluir que a la fecha de la demanda, el cuatro de setiembre de dos mil siete, se configure el elemento jurídico de lugar de *residencia habitual* en el país de Italia. **b) Traslado o retención ilícita con afectación del derecho de custodia**, que el demandado en su declaración de fojas trescientos veintisiete, dijo que el traslado de sus hijos al Perú se produjo con fecha veintitrés de abril de dos mil siete y fue con el consentimiento de la demandante --*madre de los menores* - que al haberse perdido los pasaportes de los niños ambos fueron al Consulado Peruano en Milán para sacar los duplicados, pero como el trámite duraba más de tres meses les recomendaron sacar salvoconductos y así lo hicieron. que la demandante les acompañó al aeropuerto y los embarcó: por otro lado a la pregunta si tiene alguna prueba de que la demandante firma el salvoconducto, dijo que no porque el salvoconducto quedó en el aeropuerto de Milán. Esas aseveraciones son negadas por la demandante quien niega haber concurrido con el demandado al Consulado del Perú en Milán a solicitar salvoconductos, ni tampoco los embarcó en el aeropuerto, se reafirma señalando que

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

elle tiene los pasaportes de sus menores hijos, versión que se corrobora con las cartas de fojas veintiséis y veintinueve, mientras que el demandado no ha aportado *prueba* alguna que acredite sus aseveraciones por la que, habiéndose acreditado que viajó con los niños sin utilizar sus pasaportes sino unos salvoconductos que él tramitó, y los que se emiten únicamente a falta de pasaportes, según informa el Ministerio de Relaciones Exteriores a fojas cuatrocientos dieciséis, que el salvoconducto es un documento de viaje que reemplaza al pasaporte en caso de emergencia y se otorga exclusivamente en las oficinas consulares del exterior. En atención a todo ello ha quedado configurado el traslado ilícito de los niños Amador y Ayrton Bellido Pérez por parte de su padre con afectación del derecho de custodia de la madre, **c)** de conformidad con el Dictamen Fiscal a fojas setecientos cincuenta y tres se ha pronunciado por el amparo de la demanda señalando, entre otros, que ha quedado demostrado que el lugar de residencia habitual de los niños hasta antes de su traslado al Perú, era el País de Italia; que no existe documento alguno que demuestre que la madre haya autorizado el traslado de los niños al Perú, por el contrario el demandado ha sido condenado por las autoridades italianas por sustracción de menores, como puede verse de fojas quinientos noventa y cinco, hecho que demuestra que los niños fueron traídos al Perú de forma ilícita.

SETIMO.-Que mediante sentencia de vista número seis de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, ha confirmado la sentencia apelada bajo los siguientes argumentos: **a)** Lo afirmado por el demandado respecto a que ambos padres deben solicitar el salvoconducto se desvirtúa con la Información del Ministerio de Relaciones Exteriores, quienes

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

señalan que el salvoconducto es un documento de viaje que reemplaza al pasaporte en caso de emergencia; que los menores son titulares de dicho derecho y lo ejercitan por representación, a través de uno de sus padres: asimismo la demandante a fojas trescientos veintisiete niega haber autorizado el traslado de los menores, ni haber ido al Consulado a tramitar los salvoconductos, manifestando que ella tiene los pasaportes, como es de verificarse en fojas doscientos setenta y uno a doscientos setenta y dos; máxime si a folios quinientos treinta se aprecia la sentencia de la Primera Sala Penal del Tribunal de Milán de fecha veintinueve de abril de dos mil nueve, en la cual la jurisdicción penal italiana impone una condena de cinco meses conforme lo dispuesto por las normas italianas aplicables, por sustracción de sus menores hijos don Amador Bellido Fuentes. Con lo expuesto se configure el traslado ilícito de los niños Amador y Ayrton Bellido Pérez por parte de su padre; **b)** Que los niños Amador y Ayrton Bellido Pérez fueron trasladados al Perú en abril del año dos mil siete, cuando contaban con tres y un año de edad y la interposición de la demanda fue en setiembre del mismo año, habiéndose realizado numerosas gestiones para ubicar al padre y a los niños, y es recién en julio de dos mil ocho que el demandado se apersona al proceso, quien señala que los niños ya se han adaptado al Perú, donde viven más tiempo del que estuvieron en Italia; sin embargo, para determinar la residencia habitual de los niños se tomó el tiempo antes de su traslado ilícito según el artículo 6 de la Convención: los niños desde su nacimiento residieron en Milán, Italia como es de verificarse en sus partidas de nacimiento de fojas siete y ocho, lugar donde vivieron junto con su madre quien

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

tenia el derecho de custodia par un acuerdo extrajudicial entre las partes como se verifica de folios dieciocho y diecinueve. -----

OCTAVO.- Que, de lo expuesto cabe mencionar lo siguiente, el articulo III del Titulo Preliminar del Código Procesal Civil recoge en su primer párrafo la finalidad del proceso civil; “El Juez deberá atender a que la finalidad del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”; asimismo, en concordancia con lo expuesto en el articulo 194 del acotado Código Adjetivo, se refiere a la facultad de iniciativa probatoria, que puede ser ejercida por todos los Jueces para verificar las fuentes de *prueba* que aportan las partes a través de los medios de prueba insuficientes; en tal sentido, perfectamente los jueces pueden verificar a corroborar las fuentes que ya existen en el proceso y sobre las cuales pudiere existir alguna duda.-----

NOVENO.-Que, de lo expresado en los considerandos anteriores, y de la revisión de autos, se desprende que si bien se ha llegado a la conclusión que ha existido un desprendimiento de los menores de su residencia habitual, constituyendo esto un acto ilícito, también se advierte que no se ha compulsado los medios probatorios idóneos para comprobar cual es la situación jurídica de la madre de estos menores en el estado Italiano, pues no existe en autos documento que acredite, que si procedería el traslado o la restitución de los menores, no supondría un peligro en su integridad, lo que vulneraría el principio sobre el interés superior del niño, prescrito en los artículos IX y X del Titulo Preliminar del

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

Código de los Niños y Adolescentes, entendido como el 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 restitución internacional deben adoptarse. Por este razón, y cumpliendo con lo fines del recurso de casación, prescrito en el artículo 384 del Código Procesal Civil es menester efectuar un reenvío excepcional, debiendo el Ad quo actuar los medios probatorios idóneos para verificar cual es la situación de la madre de los menores. a fin de amparar la restitución internacional de estos al estado Italiano. Dicho de otro modo, resulta fundada la causal de la infracción normativa procesal en forma excepcional.

DECIMO.- Que, habiéndose amparado el recurso por infracción normativa procesal y dispuesto el reenvío excepcional. carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la infracción normativa procesal material de los artículos 3 y 13 incisos a) y b) de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores -----

4. DECISION:

Por estas consideraciones, y en aplicación de lo dispuesto en el acápite 2, tercer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil: se declara:

FUNDADO el recurso de casación de folios ochocientos setenta y nueve, interpuesto por Amador Bellido Fuentes; en consecuencia.

NULA la sentencia de vista de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez, obrante a fojas ochocientos cuarenta y ocho emitida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte

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

**CAS. N° 885-2011
LIMA**

Superior de Justicia de Lima e **INSUBSISTENTE** todo lo actuado hasta folios ciento sesenta y nueve.

ORDENARON que el Decimosexto Juzgado Especializado de Familia de Lima, actúe el medio probatorio indicado en el octavo considerando de la presente resolución.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diana Oficial "*El Peruano*". baja responsabilidad, y los devolvieron; en dos seguidos par Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social con Amador Bellido Fuentes. sobre restitución internacional de menor, Intervino come ponente el Juez Supremo señor Calderón Castillo.-

S . S .

TAVARA CORDOVA

IDROGO DELGADO

VALCÁRCEL SALDAÑA

CASTAÑEDA SERRANO

CALDERON CASTILLO