

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor *si quien se opone demuestra que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*; no obstante, dicha situación no se ha acreditado en el presente caso.

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; VISTA la causa número dos mil setecientos veintiocho del año dos mil diecisiete, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Andrea Natalia Ramos Monroy**, mediante escrito de fojas ochocientos ocho, contra la sentencia de vista de fecha diecinueve de abril de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos cuarenta y cuatro, que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de restitución internacional de la niña Ise Frantzen, interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, en representación de Thorbjorn Frantzen. En consecuencia, ordena que se restituya a la niña Ise Frantzen al país de Noruega, debiendo el padre sufragar los gastos que ocasionan el regreso de la niña; quien deberá arribar al domicilio que tenía al momento de la sustracción o al domicilio paterno; en el caso que la madre no pueda acompañar a la niña de regreso a su país de origen. Previamente, en forma paulatina la niña deberá mantener contacto con el padre a efectos de romper esa barrera que se ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

generado con la sustracción de la menor a éste país; debiendo coordinar con el área de psicología para que supervise las citas en la Casita de Encuentro de ésta sede judicial en los horarios señalados por esa área.

II. ANTECEDENTES

1.- DEMANDA:

Mediante escrito de fecha catorce de diciembre de dos mil nueve de fojas veintiocho, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en representación de Thorbjorn Frantzen interpone demanda de restitución internacional de menor, solicitando la restitución de la menor Ise Frantzen nacida el ocho de setiembre de dos mil diez en la ciudad de Bergen-Noruega, por los fundamentos siguientes:

- Solicita la restitución de la menor Ise Frantzen nacida en la ciudad de Bergen-Noruega, que es el país de su residencia, habiendo sido trasladada ilícitamente al Perú por la demandada, con quien contrajo matrimonio el diez de enero del dos mil diez, separándose desde el año dos mil trece.
- Indica que luego de la separación de ambos padres, decidieron celebrar un acuerdo privado sobre régimen de visitas, estipulándose que la niña viviría con la madre y que el padre visitaría a la menor en el horario establecido. En abril del año dos mil quince, la madre viaja a Perú con la niña permaneciendo cerca de tres meses cuando el padre solo autorizó dos semanas; que a mediados del mes de agosto la demandada le informa al padre que se encontraba en Bergen (Noruega).
- Agrega que el padre solo pudo ver a su hija después de cuatro meses debido a que la demandada cambiaba de domicilio, no pudiendo el padre visitarla; y por tales circunstancias el padre recurre a las autoridades de su país

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

para que se le otorgue la plena guarda y custodia de su hija y que se prohíba su salida del país; autorización que le fue concedida el nueve de setiembre de dos mil quince.

- Cuando el padre fue a visitar a su menor hija el veintiocho de setiembre de dos mil quince, ésta ni la madre se encontraban en su domicilio, habiéndose llevado sus pertenencias; que, posteriormente la madre comunica que se encontraba en el Perú con la menor, y que no pensaba retornar a Noruega, hecho que ocurre a pesar del impedimento de salida de la menor, por lo que se denuncia ante el Distrito Policial de Hordaland el dos de octubre del dos mil quince.

2.- REBELDÍA:

Por resolución seis del treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis de fojas ciento ochenta y siete, se rechaza el escrito de contestación de demanda y se declara rebelde a la demandada Andrea Natalia Ramos Monroy.

3.- PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante resolución siete del primero de junio de dos mil dieciséis, de folios ciento ochenta y ocho, se fijaron como puntos controvertidos:

- Determinar si doña Andrea Natalia Ramos Monroy ha trasladado ilícitamente a la niña Ise Frantzen al Perú.
- Determinar si el lugar de residencia habitual de la niña Ise Frantzen se encuentra en el país de Noruega durante los cinco primeros años de vida.
- Determinar si se encuentran presentes algunos de los supuestos previstos en el artículo trece de la Convención de La Haya del veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

- Determinar si la niña se encuentra integrada en el ambiente en el que viene encontrándose en la actualidad.

4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia, de fecha cuatro de diciembre de dos mil quince, de fojas mil doscientos cuarenta y tres, declaró fundada la demanda de restitución internacional de la niña Ise Frantzen, interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, en representación de Thorbjorn Frantzen. En consecuencia, ordena que se restituya a la niña Ise Frantzen al país de Noruega, debiendo el padre sufragar los gastos que ocasionan el regreso de la niña; quien deberá arribar al domicilio que tenía al momento de la sustracción o al domicilio paterno; en el caso que la madre no pueda acompañar a la niña de regreso a su país de origen. Previamente, en forma paulatina la niña deberá mantener contacto con el padre a efectos de romper esa barrera que se ha generado con la sustracción de la menor a éste país; debiendo coordinar con el área de psicología para que supervise las citas en la Casita de Encuentro de ésta sede judicial en los horarios señalados por esa área, bajo los siguientes fundamentos:

- La niña Ise Frantzen llegó al Perú el veinte de setiembre del dos mil quince, fecha que ingresó conjuntamente con su madre Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen, como se advierte del movimiento migratorio (fojas ochenta y vuelta). El proceso de restitución fue planteado con fecha treinta de octubre de dos mil quince ante el Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega (fojas veintitrés y veinticinco), siendo presentada ante este Despacho en el Perú con fecha nueve de marzo de dos mil dieciséis, por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; de lo que se advierte que el pedido de restitución se ha efectuado antes de un año como lo señala el artículo doce del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

Convenio de veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, lo que constituye que dicha niña no tiene mayor enraizamiento que no pueda sobrellevar en su país natal.

- De la declaración de la parte demandada se extrae que ella no hizo de conocimiento del señor Frantzen que iba a viajar a Perú y no tenía la autorización para trasladar a la menor; asimismo la demandada tiene conocimiento que su cónyuge, solicitó ante las autoridades (Noruega) que se le otorgue la Plena Guardia y Custodia de su hija, lo cual le prohibía la salida del país; la custodia le fue concedido el nueve de setiembre de dos mil quince; por lo que, al traer a la niña al Perú se acredita que su traslado se ha convertido en un **“Traslado ilícito”**, siendo la necesidad de aplicar la legislación del estado de residencia habitual (artículo 14).

- Conforme al artículo 34 de la Ley Noruega sobre relaciones paterno-filiales, los padres que se separan o divorcian tendrán la patria potestad compartida de sus hijos comunes, salvo acuerdo o decisión sobre patria potestad, siendo que desde el año dos mil catorce, los señores Thorbjorn Frantzen y Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen se encuentran separados de hecho, por lo que ambos comparten la patria potestad de la niña Ise Frantzen.

- En cuanto al lugar de residencia habitual de la niña Ise Frantzen, éste se encuentra en el país de Noruega, durante los cinco primeros años de su vida.- El demandante refiere que Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen, conjuntamente con su hija vinieron al Perú con fecha diecisiete de abril de dos mil quince, sin su autorización, regresó a Noruega y nuevamente a finales de setiembre del dos mil quince, a pesar de la prohibición de salir del país para Ise

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

(Noruega), por parte de las autoridades noruegas, la niña salió del país el nueve de setiembre de dos mil quince. La demandada no ha podido desvirtuar lo afirmado por el demandado, aunado a ello se tiene que la niña Ise es de nacionalidad Noruega y se encuentra en forma ilegal en el Perú, al no contar con el visado correspondiente. Conforme a la documentación que obra en autos, la niña Ise Frantzen acudía al jardín de infancia Kidsa en Storetvedt (fojas treinta y uno), cumpliendo él con pagar la guardería, así como con el pago de la vivienda, alimentos, entre otros.

- Existen excepciones que las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte deben contemplar para no ordenar el retorno del menor cuya restitución se demanda (cuando la persona que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia, no lo realiza de la mejor forma o si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución). En el caso no se configuran dichos supuestos.

- La demandada ha reconocido plenamente que se vino al Perú sin autorización del cónyuge, afirmando que éste la maltrataba, así como que, uno de los hijos del emplazante efectuó tocamiento indebidos a la menor según la denuncia que interpuso, sin embargo, en autos no acredita lo que ella afirma; en forma extemporánea el demandante ha presentado documentación en la que se acredita que la denuncia sobre violencia familiar presentada por Andrea Frantzen (Andrea Natalia Tamos Monroy), contra Ken Olsen Frantzen (hijo de Thorbjorn Frantzen) fue sobreseída por las autoridades noruegas (fojas trescientos veintiocho y trescientos treinta); asimismo, la Resolución – Decisión Provisional – emitida por el Tribunal de Primera Instancia de Bergen, sobre proceso judicial de Custodia de la niña Ise Frantzen; la que dispone que la niña Ise Frantzen, debe vivir permanentemente con su padre Thorbjorn Frantzen;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

situación jurídica que debe resolverse en dicho país. Por otro lado, se advierte que la demandada, no tiene ingresos económicos y que para solventar las necesidades de su menor hija ha interpuesto demanda de alimentos con fecha veintinueve de octubre del dos mil quince, ante un Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Los Olivos; notificada al obligado (fojas trescientos veintiocho guion trecientos treinta).

5.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

La demandada interpone apelación mediante escrito de fojas mil doscientos sesenta y uno, señalando lo siguiente:

- Se inobserva los principios de pro actione y el de flexibilización; no se ha tratado el caso como problema humano, al no permitírsele la presentación de su escrito de contestación y sus medios probatorios, prefiriéndose el requisito de admisibilidad en perjuicio de su derecho a la tutela jurisdiccional.

- La sentencia no se ajusta al mérito de lo actuado, se vulnera el principio de la carga de la prueba, admitiéndose como cierto que el demandante ha obtenido la plena guarda y custodia de la menor y su impedimento de salida de fecha nueve de setiembre del dos mil quince cuando no existe en autos prueba idónea que lo acredite.

- Igualmente, el pronunciamiento sobre el segundo punto controvertido, no se ajusta el mérito de la carga de la prueba, por cuanto las afirmaciones deben ser probadas por la parte que lo formula y no por la contraria; la menor cuenta con la nacionalidad noruega y también con la peruana, por lo que goza de la protección especial de nuestro sistema jurídico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

- No se ha valorado la denuncia policial formulada por el propio actor el dos de octubre del dos mil quince en donde señala que transfería a la denunciante la suma de treinta mil coronas por mes, lo que denota que no veía a la menor.
- No se ha valorado sus denuncias por violencia familiar hechas en Noruega.
- No se ha valorado su denuncia contra el medio hermano de la menor, sobre tocamientos indebidos.
- No se ha valorado la conducta del actor en la entrevista que tuvieron ambos en la unidad de servicios de protección del menor por violencia familiar.
- No se ha valorado que en su solicitud de restitución de la menor del actor, ha señalado que su persona viaja constantemente por el mundo y que no podría dedicarse a la crianza de la menor y que solo desea visitarla, con lo que se prueba que nunca el actor tuvo la custodia de la menor.
- No se ha valorado que según el artículo 35 de la Ley de relaciones paterno filiales, es la madre quien tiene la custodia del menor, cuando las partes no están casadas y su matrimonio si bien fue en Perú no fue reconocido en Noruega.
- Que la menor también goza de nacionalidad peruana.

6.- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Sala de Familia de Lima Norte mediante sentencia de vista del diecinueve de abril de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos cuarenta y cuatro, confirma la sentencia de primera instancia en todos sus extremos, bajo los siguientes argumentos:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

- Se tiene el Extracto del Registro Civil Central de la menor Ise Frantzen, fojas treinta y ocho, en el que se indica que la menor tiene nacionalidad Noruega- Patria Potestad Compartida; el acuerdo de régimen de visitas de fojas cuarenta, de la cual se advierte que el padre tenía un régimen de visitas, documento que fue valorado además en el auto de resolución provisional de fojas doscientos setenta y uno. Del movimiento migratorio de fojas ochenta y tres, se acredita que la demandada y la menor llegaron a Perú el veinte de setiembre de dos mil quince. No se establece que la demandada haya tenido consentimiento expreso del padre de la menor para traer a su hija de su país natal Noruega, ni que el acuerdo sobre régimen de visitas haya sido modificado o dejado sin efecto. Abunda ello, que la demandada en su declaración de fojas ciento noventa y uno, ha referido que no hizo de conocimiento ni tuvo autorización del padre de la menor para trasladar a su hija a Perú. En el escrito de apersonamiento de la demandada, se admite que tiene conocimiento que su cónyuge solicitó la plena guardia y custodia de su hija e impedimento de salida de ésta de Noruega, lo que le fue concedido el nueve de setiembre del dos mil quince, esto es, antes de la salida de la demandada y su hija a Perú.

- Por tanto, se encuentra probado que el traslado de la referida menor por parte de la demandada al Perú configura un **“Traslado Ilícito”**, a la luz de la Convención.

- En cuanto al lugar de residencia habitual de la menor, se tiene: **(i)** Que, según el Auto de la Resolución Provisional, de fojas doscientos setenta y uno a doscientos ochenta y nueve, entre sus fundamentos se indica que se ha verificado que el demandante (el padre) era quien se encargaba de todos los gastos de la citada menor. **(ii)** En el aludido “Auto” se resuelve, que ***“Ise Frantzen, nacida el ocho de setiembre del dos mil diez, vivirá de forma***

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

permanente con Thorbjorn Frantzen". (iii) Igualmente se advierte que la demandada en cuanto al tiempo que vivió la menor en Noruega; dijo: "...yo he vivido ocho años en Noruega y mi hija hasta que tenía cinco años" (acta de primero de junio de dos mil dieciséis). (iv) En ese sentido los cinco primeros años de la menor ha estado al cuidado de ambos padres, tal como la demandada lo reconoce al declarar.

- En relación al argumento de la demandada, que su menor hija fue víctima de tocamientos indebidos por parte de su hermano el menor **Ken Olsen Frantzen**, y el relativo a los aspectos conductuales del padre, según la demandada; se tiene, (i) Que dicho hecho no ha sido probado, habiéndose concluido con la decisión de *"sobreseído porque el sospechoso era menor de quince años"* (fojas doscientos treinta y uno y doscientos treinta y tres), lo que fue valorado al momento de resolverse el proceso judicial sobre Resolución Provisional en virtud de la Ley sobre Relaciones Paternos Filiales, en la que igualmente se concluye que la menor Ise Frantzen no corre ningún peligro al vivir con su padre, el demandante, razón por la cual le fue otorgado provisionalmente la custodia de la citada menor y un régimen de visitas a favor de la demandada.

- La demandada pretende justificar su traslado en temas o cuestiones personales, entre esposos, que no deben afectar directamente a la menor. No se ha acreditado que el retorno de la menor implique un grave riesgo físico o síquico o de cualquier índole.

- La menor Ise Frantzen cuenta con una permanencia de menos de dos años en el Perú, habiendo tenido solo interrelación con la demandada, y estando determinada cuál es su residencia habitual, antes de su traslado, se concluye en primer lugar, que aquella no se encuentra integrada al ambiente en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

el que actualmente vive; siendo que su retorno es necesario, debiendo tomarse la declaración de referencia de la menor, conforme a su edad y madurez.

- En respuesta a los agravios de la recurrente, señala que en cuanto a que no se ha probado que el actor tenga la custodia del menor, ello no se ajusta a la verdad, conforme a la sentencia provisional dictada por el Tribunal de Bergem, admitido como prueba por resolución nueve a fojas trescientos cinco.

- El A quo ha valorado cada una de las documentales que obran en autos.

- De la resolución provisional se advierte que uno de sus fundamentos fue que el demandante sufragaba todos los gastos de la menor, lo que ha sido ratificado por la ahora demandada en audiencia única. Asimismo, según el artículo 40 de la Ley de relaciones paterno filial de Noruega se tiene que si uno de los progenitores es titular único de la responsabilidad parental, el otro no podrá oponerse a que el menor se traslade al extranjero con el primero. Pero, si los padres, comparten la responsabilidad parental, tendrán ambos que dar su consentimiento para dicho traslado.

7.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurso de casación, de fojas mil trescientos setenta y nueve, que interpone la demandada ha sido declarado **procedente**, mediante auto calificadorio, de fecha veintidós de agosto de dos mil diecisiete, de fojas noventa y uno del cuaderno de casación, por las causales que a continuación se detalla:

A) Infracción normativa del artículo 122 numeral 3 y 4 del Código Procesal Civil. Alega que, existe clara trasgresión a lo dispuesto en las normas mencionadas puesto que a pesar que el propio actor ha admitido que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

la menor vivía únicamente con la demandada (madre), y él solamente la visitaba esporádicamente, dicha manifestación no ha sido debidamente evaluada ni analizada, por lo que carecería de sustento la restitución de la menor y su entrega al cuidado de terceras personas, alejándose de su progenitora. Afirma que, la Sala Superior no ha valorado el documento donde se indica que, los padres de la menor se encontraban separados desde enero de dos mil trece, por lo cual, la menor sólo ha vivido con su madre, y el actor ha sido suspendido de la patria potestad, por lo que la madre ha adoptado decisiones respecto a su menor hija, conforme lo establece el artículo treinta y siete de la Ley sobre Relaciones Paterno Filiales de Noruega. Señala que se han valorado las pruebas de manera parcial; y en cuanto a la permanencia de la menor, sostiene que el *A quem* ha inferido que la menor vivió sus cinco primeros años al cuidado de ambos padres; empero, no se ha tomado en cuenta, que la menor nació en el año dos mil diez y sus padres se separaron en enero de dos mil trece, no siendo correcta la conclusión a la que ha arribado la instancia superior. Finalmente, respecto a la integración de la menor en el ambiente actual, refiere que las instancias han realizado una motivación aparente, por cuanto no se ha desarrollado ningún análisis del medio familiar donde se desenvuelve el menor; máxime, si no ha existido informe de asistencia social, ni del centro educativo donde estudia la menor.

B) Infracción normativa del artículo 2071 del Código Civil y el artículo 10 numeral 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño: Argumenta que la Sala ha omitido aplicar la disposición establecida en el artículo treinta de la Ley sobre Relaciones Paterno- Filiales de Noruega, norma de carácter imperativo al caso de autos. Por su parte, el artículo diez numeral dos de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que, el derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por Ley y que sean necesarias, por lo que las instancias de mérito han debido determinar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

si, la demandada al regresar con su hija al Perú habría incurrido en infracción de la Ley sobre Relaciones Paterno Filiales de Noruega.

C) Infracción normativa del artículo 197 del CPC: Señala que no se ha valorado el hecho de la violencia sexual sufrido por la menor por parte del hermano paterno, por lo que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a peligro.

III.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En el caso de autos, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria, consiste en determinar si la sentencia de vista ha infringido o no las reglas de la debida motivación y el derecho a la prueba, y descartado ello, determinar si se ha vulnerado el artículo 2071 del Código Civil y el artículo 10 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV.- FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

PRIMERO.- Es menester precisar que el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que permite ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, con la finalidad de garantizar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia; así como, determinar si en dichas decisiones se ha infringido o no las normas que garantizan el debido proceso, traducido en el respeto de los principios lo regulan.

Infracción normativa del artículo 122 numeral 3 y 4 del Código Procesal Civil y artículo 197 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO.- Habiéndose declarado procedente el recurso de casación por causales de infracción normativa procesal, relacionada al deber de los jueces de motivar las resoluciones judiciales, y el derecho a la prueba es necesario

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

efectuar algunas precisiones en torno al derecho fundamental al debido proceso.

TERCERO.- “El derecho al debido proceso supone el cumplimiento de las diferentes garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los procesos o procedimientos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal o privado que pueda afectarlos. Su contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con formalidades estatuidas, tales como las que establecen el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, etc. En las de carácter sustantiva o, estas están básicamente relacionadas con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

A través de esto último se garantiza el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución se sustente en la interpretación y aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de modo que la decisión en ella contenida sea una conclusión coherente y razonable de tales normas”¹.

CUARTO.- En ese sentido, cabe precisar que el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva constituyen principios consagrados en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, los cuales comprenden a su vez, el deber de los jueces de observar los derechos procesales de las partes y el derecho de los justiciables a obtener una resolución fundada en derecho ante su pedido de tutela en cualquiera etapa del

¹ EXP. N.° 02467-2012-PA/TC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

proceso. De ahí que dichos principios se encuentren ligados a la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, prevista en el inciso cinco del referido artículo constitucional, esto es, que los jueces y tribunales expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, con mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que los determinaron.

QUINTO: Así, “en el Expediente número 3943-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa. c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas:* (...) cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva) (...)”².

SEXTO.- Ahora bien, “el derecho a probar también es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva y del debido proceso, pues, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente número 010-2002-AI, constituye un elemento implícito de tal derecho. En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De

² EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC- LIMA GIULIANA LLAMOJA HILARES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable”³.

En relación al derecho a la prueba, *el Tribunal precisó que el derecho a la prueba comprende “el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (subrayado agregado).*⁴

Ahora bien, sobre la violación de las reglas relativas a la actividad probatoria prevista en el numeral 197 del Código Procesal Civil, se encuentra concatenado con el principio de motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que la verificación de una debida motivación, sólo es posible si en las consideraciones de la sentencia se expresan las razones suficientes que sustenten la decisión y que justifiquen el fallo, las cuales deben ser razonadas, objetivas, serias y completas, cuyas conclusiones deben extraerse de la

³ EXP 03097 2013-PHUTC LIMA NORTE, FJ. 3 y ss.

⁴ EXP. N.º 01025-2012-PA/TC LIMA ASOCIACIÓN EDUCACIONAL WILLIAMSON DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

evaluación de los hechos debidamente probados lo que supone una adecuada valoración de las pruebas⁵.

SÈTIMO.- Revisada la sentencia de vista, materia de casación, se verifica que la misma no ha incurrido en alguna patología de motivación que la invalide, ya que el Colegiado ha efectuado un análisis de los hechos expuestos por las partes, se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios y se ha interpretado y aplicado normas pertinentes al caso en concreto; de tal manera, no se advierte transgresión alguna del principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales. Dicho de otro modo, en la resolución emitida por la instancia de mérito, existe pronunciamiento ceñido estrictamente a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso; por lo tanto, se concluye que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, por haberse cumplido con precisar el por qué y debido a qué se ha llegado a la conclusión final.

Tal es así que, las afirmaciones de la recurrente sobre que el Colegiado no ha valorado debidamente los medios probatorios actuados en el proceso se desvanecen por lo siguiente:

- Señala que el Colegiado no ha evaluado debidamente la manifestación del propio actor en la que admite que la menor vivía únicamente con la demandada.

Al respecto, de la sentencia de vista se advierte que la Sala Superior valoró el acuerdo de régimen de visitas de fojas cuarenta, del cual colige que si bien es cierto, habían acordado que la menor viviría con su madre, también lo es que se había

⁵ CASACION. N°.2813-10-LIMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

establecido un horario de visitas para que el demandante pueda frecuentar a su menor hija (Considerando ocho).

- De otro lado, afirma que, la Sala Superior no ha valorado el documento que indica que los padres de la menor se encontraban separados desde enero de dos mil trece, viviendo la menor solamente con la madre, y que el actor tenía suspendido la patria potestad, por lo que la madre podía adoptar decisiones conforme lo establece el artículo 37 de la Ley sobre Relaciones Paterno Filiales de Noruega.

De la sentencia de vista, se advierte que el Colegiado sí ha valorado el hecho que ambas partes se encontraban separadas desde el año dos mil trece, no obstante, también ha señalado, contrariamente a lo indicado por la recurrente, que el demandante tenía también la custodia de la menor, conforme a la sentencia provisional dictada por el Tribunal de Bergem, que obra a fojas trescientos cinco. En ese sentido, colige que, de dicho documento y según el acuerdo del régimen de visitas, ambas partes tenían la tenencia compartida de la menor y por ende, de acuerdo al artículo cuarenta de la Ley de Noruega, ambos padres debían de dar su consentimiento para trasladar a la menor al extranjero. (Página diecisiete de la sentencia de vista).

- La recurrente también sustenta la infracción normativa procesal, sosteniendo que en cuanto a la permanencia de la menor, el Colegiado ha inferido que la menor vivió sus cinco primeros años al cuidado de ambos padres en Noruega; empero, no se ha tomado en cuenta, que la menor nació en el año dos mil die y sus padres se separaron en enero de dos mil trece; por tanto, La conclusión arribada por la Sala no es correcta.

De los propios argumentos esgrimidos, se desprende claramente que la recurrente no ha interpretado debidamente la conclusión arribada por el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

Colegiado, ya que cuando se indica que la menor estuvo al cuidado de ambos padres durante sus cinco primeros años en el país de Noruega, no hace alusión a que la menor vivía con ambos padres, pues lógicamente estos ya se encontraban separados y por dicha razón, fijaron un régimen de visitas, sino a la atención y protección que ambos padres brindaron a la menor durante el tiempo que vivió en el país de Noruega desde su nacimiento en el año dos mil diez hasta antes de ser trasladada al Perú.

Por tanto, la inferencia realizada por la Sala, no carece de logicidad.

- Respecto a la integración de la menor en el ambiente actual, refiere la recurrente que las instancias han realizado una motivación aparente, por cuanto no se ha desarrollado ningún análisis del medio familiar donde se desenvuelve el menor.

Dicha afirmación no se ajusta a lo resuelto por el Colegiado, ya que del considerando diez, página once, se tiene que la Sala ha dedicado un capítulo especial para analizar el criterio aludido por la recurrente, determinando que, la menor cuenta con una permanencia de menos de dos años en el Perú, habiendo tenido solo interrelación con la demandada y estando determinada su residencia habitual antes de su traslado, concluye que aquella no se encuentra integrada al ambiente en que actualmente vive, siendo que su retorno es necesario.

- Finalmente, la recurrente señala que el Colegiado no ha valorado el hecho de la violencia sexual sufrido por la menor por parte del hermano paterno

Nuevamente, lo manifestado por la demandada no se ajusta a lo resuelto diez por la Sala Superior. Del considerando primero de la sentencia impugnada, se aprecia que dicho Tribunal ha señalado que el hecho imputado por la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

demandada no se ha probado, al haberse sobreseído la denuncia, conforme al documento que obra a fojas doscientos treinta uno.

Por tanto, de lo antes expuesto, se evidencia que la sentencia de vista se encuentra debidamente motivada, al haber valorado todos los medios probatorios actuados en autos y emitido respuesta a los agravios de apelación interpuesto por la recurrente.

Las afirmaciones esbozadas por la demandada no son más que valoraciones aisladas de las declaraciones y medios probatorios actuados, con el afán de lograr una decisión favorable a sus intereses, siendo que ello sí contraviene el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil.

En consecuencia, corresponde desestimar las denuncias por las causales de infracción normativa de carácter procesal.

Infracción normativa del artículo 2071 del Código Civil y el artículo 10 numeral 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

OCTAVO.- Previo al desarrollo de las infracciones sustantivas invocadas por la recurrente, atendiendo a que la materia del presente proceso versa sobre la restitución internacional de un menor, esta Sala Suprema estima necesario hacer algunas precisiones en torno al marco legal que regula dicha pretensión. En principio, se debe considerar que se encuentra en discusión la afectación de derechos de una menor de edad, por lo que debe procurarse que la decisión judicial emitida contenga un análisis adecuado del principio de interés superior del niño, en la medida también que éste resulta ser el principio rector que impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren la rápida y eficaz protección de los niños, sino que además constituye el factor de inspiración de las decisiones que sobre restitución

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

internacional deban adoptarse, máxime que éste informa la legislación supranacional así como nacional sobre el tratamiento de los derechos de los niños y adolescentes, como se advierte de la Convención sobre los Derechos del Niño de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa numero 25278 de agosto de mil novecientos noventa, reconoce en su artículo 3 inciso 1 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”; igualmente en su artículo 27 inciso 1 establece que los estados partes del convenio reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que precisa que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

NOVENO.- Para los casos de sustracción de menores el régimen jurídico internacional aplicable a través de instrumentos internacionales es la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (de fecha veinticinco de octubre del año mil novecientos ochenta) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (fecha veinte de noviembre del año mil novecientos ochenta y nueve).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

El Convenio antes mencionado, al cual se ha adherido el Perú mediante Resolución Legislativa 27302 del siete de julio del año dos mil, ratificada mediante Decreto Supremo 023-2000-RE del uno de agosto del año dos mil, 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, y de conformidad a lo establecido en su artículo 16, no tiene por finalidad la determinación de los derechos de custodia respecto del menor que habría sido sustraído y/o retenido ilegalmente; no obstante, ello no limita la facultad de los juzgadores a deslindar las circunstancias que la motivaron, a través de la valoración conjunta y razonada de los medios de prueba puestos a su conocimiento, como lo exige además el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en la medida que permitirá el establecimiento de las situaciones fácticas en las que se habría producido la retención del menor, aspectos que adquieren relevancia en la determinación del interés superior del niño.

DÈCIMO.- La sustracción de un menor se produce cuando este es llevado a un país distinto del lugar de su residencia habitual con infracción de un derecho de custodia atribuido a una persona, institución u organismo por el derecho del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento debiendo considerarse asimismo que 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 tratándose, por tanto, de alguien que forma parte del círculo familiar del menor en un sentido amplio siendo en la mayoría de los casos la persona en cuestión el padre o la madre.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

Sin embargo, dicho instrumento internacional contempla mecanismos de excepción a efectos de determinar que el menor no retorne a su país tales como: a) Que quien reclama no era custodio del menor o que siéndolo consintió que fuera trasladado al país en el que se encuentra actualmente; b) Que haya peligro físico o psíquico para el menor en caso de retornarlo a su lugar de residencia; y c) No podrá consentirse el retorno cuando no lo permiten los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales aspectos que para ser amparados deben ser probados debidamente en el decurso del proceso.

DÉCIMO PRIMERO.- La recurrente sostiene que en el presente caso, la Sala ha omitido aplicar la disposición establecida en el artículo 30 de la Ley sobre Relaciones Paterno - Filiales de Noruega, norma de carácter imperativo al caso de autos, ya que de acuerdo al artículo 2071 del Código Civil, invocado como infracción, la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio.

Como ya se precisó, la normatividad que resulta aplicable al caso de autos, es la contenida en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; en ese sentido, las normas aludidas por la recurrentes no tienen incidencia directa sobre lo resuelto en la sentencia de vista, más aún, si el referido artículo 30 de la Ley en mención regula el contenido de la responsabilidad parental, que se relaciona a los derechos que tiene el menor a recibir los cuidados y atención de los titulares de la responsabilidad parental, que los padres deben tomar decisiones considerando la opinión del menor, que los titulares de la responsabilidad parental tienen el deber de proporcionar al menor educación, manutención adecuadas, que el menor no será tratado con violencia ni de otro modo que ponga en riesgo su integridad, etc; no obstante, la recurrente no ha señalado de qué manera se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

habría infringido dicha normativa y su incidencia en la decisión adoptada por el Colegiado, ya que no ha desarrollado mayores argumentos que sustenten la misma.

De otro lado, ha señalado que el artículo 10 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que, el derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por Ley y que sean necesarias, por lo que las instancias de mérito han debido determinar si, la demandada al regresar con su hija al Perú habría incurrido en infracción de la Ley sobre Relaciones Paterno Filiales de Noruega.

Las restricciones a las que hace alusión la Convención sobre los Derechos del Niño, no debe ser analizadas a la luz de la Ley de Noruega como alude la demandada, sino en función a las normas contenidas en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al ser éste el Tratado especial aplicable.

Entonces, si bien es cierto, el artículo 10 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, prescribe que los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país (en el supuesto de que ambos padres residan en Estados diferentes); no obstante, ello debe ser observado siempre y cuando no se vulneren los derechos o libertades de otras personas.

En ese sentido, la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que el traslado o retención de un menor se considerará ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la de retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado.

Bajo ese contexto, es que la Sala Superior determinó: Que del Extracto del Registro Civil Central de la menor Ise Frantzen (fojas treinta y ocho), se tiene que la menor es de nacionalidad Noruega- Patria Potestad Compartida; que del acuerdo de régimen de visitas de fojas cuarenta, se advierte que el padre tenía un régimen de visitas, documento que fue valorado además en el auto de resolución provisional de fojas doscientos setenta y uno. Del movimiento migratorio de fojas ochenta y tres, se acredita que la demandada y la menor llegaron a Perú el veinte de setiembre de dos mil quince y no se ha acreditado que la demandada haya tenido consentimiento expreso del padre de la menor para traer a su hija de su país natal Noruega, ni que el acuerdo sobre régimen de visitas haya sido modificado o dejado sin efecto. Asimismo, señala la Sala que la demandada en su declaración de fojas ciento noventa y uno, ha referido que no hizo de conocimiento ni tuvo autorización del padre de la menor para trasladar a su hija a Perú y en el escrito de apersonamiento de la demandada, se admite que tiene conocimiento que su cónyuge solicitó la plena guardia y custodia de su hija e impedimento de salida de ésta De Noruega, lo que le fue concedido el nueve de setiembre del dos mil quince, esto es, antes de la salida de la demandada y su hija a Perú.

Por tanto, existieron suficientes elementos de convicción que conllevaron al Colegiado a determinar que el traslado de la referida menor por parte de la demandada al Perú configura un “Traslado Ilícito”, a la luz de la Convención, pues la residencia habitual de la menor siempre fue en Noruega, su lugar natal, hasta la edad de los cinco años en que fue trasladada ilícitamente al Perú.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

Ahora bien, en la Convención tantas veces mencionada, se establece únicamente como excepciones para no ordenar la restitución de un menor, dos supuestos (artículo 13): **a.** La persona que se hubiera hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido, lo cual no ha acreditado en el caso de autos; por el contrario, las instancias de mérito han valorado que el demandante tenía un régimen de visitas, se hacía cargo de la manutención de la menor, conforme así lo ha señalado la propia demandada, y finalmente, al actor sí le concedió la custodia de la menor el nueve de setiembre de dos mil quince esto es, antes de la salida de la demandada y su hija al Perú.

El segundo supuesto se halla en el literal **b)**, esto es, si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o síquico o que de cualquiera otra manera ponga al menor en una situación intolerable: Las instancias de mérito en relación a este punto, han determinado que la denuncia que la madre hizo sobre presuntos tocamientos indebidos en contra el hijo del demandado fue archivado, no existiendo algún otro motivo que pueda conllevar a colegir que la menor de ser trasladada a su país de origen, se ponga en riesgo su integridad física y mental, y como bien lo ha señalado la Sala Superior, los conflictos que pudieran suscitarse entre pareja, no deben perjudicar las relaciones paterno filiales.

Siendo ello así, las infracciones normativas denunciadas devienen en infundadas, más aún si la propia Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 9 que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; no obstante, dichos supuestos no se han acreditado en el caso de autos.

V. DECISIÓN:

Por tales consideraciones y de conformidad con lo regulado en el inciso trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil:

5.1. Declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandada **Andrea Natalia Ramos Monroy**, mediante escrito de fojas mil trescientos setenta y nueve, contra la sentencia de vista de setecientos cuarenta y cuatro.

5.2. DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Thorbjorn Frantzen, sobre restitución internacional de menor; y los devolvieron. Por licencia de los señores Jueces Supremos Távara Córdova y del Carpio Rodríguez, integran esta Suprema Sala los señores Jueces Supremos Cabello Matamala y De la Barra Barrera. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Sánchez Melgarejo**.

SS.

HURTADO REYES

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS

SÁNCHEZ MELGAREJO

Ptc/Lva

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS JUECES SUPREMOS SEÑORAS HUAMANÍ LLAMAS, CABELLO MATAMALA Y SEÑOR DE LA BARRA BARRERA, es como sigue:

Vista la causa número dos mil setecientos veintiocho del año dos mil diecisiete, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Andrea Natalia Ramos Monroy**, mediante escrito de fojas 808, contra la sentencia de vista de fecha 19 de abril de 2017, (fojas 744), que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de restitución internacional de la niña Ise Frantzen, interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, en representación de Thorbjorn Frantzen. En consecuencia, ordena que se restituya a la niña Ise Frantzen al país de Noruega, debiendo el padre sufragar los gastos que ocasionan el regreso de la niña; quien deberá arribar al domicilio que tenía al momento de la sustracción o al domicilio paterno; en el caso que la madre no pueda acompañar a la niña de regreso a su país de origen. Previamente, en forma paulatina la niña deberá mantener contacto con el padre a efectos de romper esa barrera que se ha generado con la sustracción de la menor a este país; debiendo coordinar con el área de psicología para que supervise las citas en la Casita de Encuentro de esta sede judicial en los horarios señalados por esa área.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

II. ANTECEDENTES

1.- DEMANDA:

Mediante escrito de fecha 09 de marzo de 2016 de fojas 01, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en representación de **Thorbjorn Frantzen** interpone demanda de restitución internacional de menor, solicitando la restitución de la menor Ise Frantzen nacida el 08 de setiembre de 2010 en la ciudad de Bergen-Noruega, por los fundamentos siguientes. Manifiesta que la menor Ise Frantzen nació en la ciudad de Bergen-Noruega, siendo este el país de su residencia, habiendo sido trasladada ilícitamente al Perú por la demandada, con quien contrajo matrimonio el 10 de enero de 2010, separándose desde el año 2013. Indica que luego de la separación de ambos padres, decidieron celebrar un acuerdo privado sobre régimen de visitas, estipulándose que la niña viviría con la madre y que el padre visitaría a la menor en el horario establecido. En abril del año 2015, la madre viaja a Perú con la menor permaneciendo cerca de tres meses cuando el padre solo autorizó dos semanas; que a mediados del mes de agosto la demandada le informa al padre que se encontraba en Bergen (Noruega). Agrega que, el padre solo pudo ver a su hija después de 4 meses debido a que la demandada cambiaba de domicilio, no pudiendo el padre visitarla; que debido a tales circunstancias el padre recurre a las autoridades de su país para que se le otorgue la plena guarda y custodia de su hija y que se prohíba su salida del país; autorización que le fue concedida el 09 de setiembre de 2015. Cuando el padre fue a visitar a su menor hija el 28 de setiembre de 2015, esta ni la madre se encontraban en su domicilio, habiéndose llevado sus pertenencias; que, posteriormente la madre comunica que se encontraba en el Perú con la menor, y que no pensaba retornar a Noruega, hecho que ocurre a pesar del impedimento de salida de la menor, por lo que se denuncia ante el Distrito Policial de Hordaland el 02 de octubre del 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

2.- REBELDÍA:

Por resolución 06 del 31 de mayo de 2016 (fojas 187), se rechaza el escrito de contestación de demanda y se declara rebelde a la demandada Andrea Natalia Ramos Monroy.

3.- PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Por resolución número 07 del 01 de junio de 2016 (fojas 188), se fijaron como puntos controvertidos: **1)** Determinar si doña Andrea Natalia Ramos Monroy ha trasladado ilícitamente a la niña Ise Frantzen al Perú; **2)** Determinar si el lugar de residencia habitual de la niña Ise Frantzen se encuentra en el país de Noruega durante los cinco primeros años de vida; **3)** Determinar si se encuentran presentes algunos de los supuestos previstos en el artículo 13 de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; **4)** Determinar si la niña se encuentra integrada en el ambiente en el que viene encontrándose en la actualidad.

4.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia, de fecha 05 de setiembre de 2016 (fojas 493), declaró fundada la demanda de restitución internacional de la niña Ise Frantzen, interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, en representación de Thorbjorn Frantzen. En consecuencia, ordena que se restituya a la niña Ise Frantzen al país de Noruega, debiendo el padre sufragar los gastos que ocasiona el regreso de la niña; quien deberá arribar al domicilio que tenía al momento de la sustracción o al domicilio paterno; en el caso que la madre no pueda acompañar a la niña de regreso a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

su país de origen. Previamente, en forma paulatina la niña deberá mantener contacto con el padre a efectos de romper esa barrera que se ha generado con la sustracción de la menor a este país; debiendo coordinar con el área de psicología para que supervise las citas en la Casita de Encuentro de esta sede judicial en los horarios señalados por esa área, tras sostener que, la menor Ise Frantzen llegó al Perú el 20 de setiembre del 2015, fecha que ingresó conjuntamente con su madre Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen, como se advierte del movimiento migratorio (fojas 83 y 83 vuelta). El proceso de restitución fue planteado con fecha 30 de octubre de 2015 ante el Real Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de Noruega (fojas 23 a 25), siendo presentada ante este Despacho en el Perú con fecha 09 de marzo de 2016, por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; de lo que se advierte que el pedido de restitución se ha efectuado antes de un año como lo señala el artículo 12 del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, lo que constituye que dicha niña no tiene mayor enraizamiento que no pueda sobrellevar en su país natal. De la declaración de la parte demandada se extrae que ella no hizo de conocimiento del señor Frantzen que iba a viajar a Perú y no tenía la autorización para trasladar a la menor; asimismo la demandada tiene conocimiento que su cónyuge, solicitó ante las autoridades (Noruega) que se le otorgue la Plena Guardia y Custodia de su hija, lo cual le prohibía la salida del país; la custodia le fue concedida el 09 de setiembre de 2015; por lo que, al traer a la niña al Perú se acredita que su traslado se ha convertido en un **“Traslado ilícito”**, siendo de necesidad aplicar la legislación del estado de residencia habitual (artículo 14). Conforme al artículo 34 de la Ley Noruega sobre relaciones paterno-filiales, los padres que se separan o divorcian tendrán la patria potestad compartida de sus hijos comunes, salvo acuerdo o decisión sobre patria potestad, siendo que desde el año 2014, los señores Thorbjorn Frantzen y Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen se encuentran separados de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

hecho, por lo que ambos comparten la patria potestad de la niña Ise Frantzen. En cuanto al lugar de residencia habitual de la niña Ise Frantzen, éste se encuentra en el país de Noruega, durante los cinco primeros años de su vida.- El demandante refiere que Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen, conjuntamente con su hija vinieron al Perú con fecha 17 de abril de 2015, sin su autorización, regresó a Noruega y nuevamente a finales de setiembre del 2015, a pesar de la prohibición de salir del país para Ise Frantzen (Noruega), por parte de las autoridades noruegas, la niña salió del país el 09 de setiembre de 2015. La demandada no ha podido desvirtuar lo afirmado por el demandado, aunado a ello se tiene que la niña Ise es de nacionalidad Noruega y se encuentra en forma ilegal en el Perú, al no contar con el visado correspondiente. Conforme a la documentación que obra en autos, la niña Ise Frantzen acudía al jardín de infancia de ese país, cumpliendo él con pagar la guardería, así como con el pago de la vivienda, alimentos, entre otros. Existen excepciones que las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte deben contemplar para no ordenar el retorno del menor cuya restitución se demanda (cuando la persona que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia, no lo realiza de la mejor forma o si se comprueba que el propio menor se opone a la restitución). En el caso no se configuran dichos supuestos. La demandada ha reconocido plenamente que se vino al Perú sin autorización del cónyuge, afirmando que éste la maltrataba, así como que, uno de los hijos del emplazante efectuó tocamiento indebidos a la menor según la denuncia que interpuso, sin embargo, en autos no acredita lo que ella afirma; en forma extemporánea el demandante ha presentado documentación en la que se acredita que la denuncia sobre violencia familiar presentada por Andrea Frantzen (Andrea Natalia Ramos Monroy), contra Ken Olsen Frantzen (hijo de Thorbjorn Frantzen) fue sobreseída por las autoridades noruegas (fojas 328-330); asimismo, la Resolución – Decisión Provisional – emitida por el Tribunal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

de Primera Instancia de Bergen, sobre proceso judicial de Custodia de la niña Ise Frantzen; la que dispone que la niña Ise Frantzen, debe vivir permanentemente con su padre Thorbjorn Frantzen; situación jurídica que debe resolverse en dicho país. Por otro lado, se advierte que la demandada, no tiene ingresos económicos y que para solventar las necesidades de su menor hija ha interpuesto demanda de alimentos con fecha 29 de octubre del 2015, ante un Juzgado de Paz Letrado del Módulo Básico de Justicia de Los Olivos; notificada al obligado (fojas 328-330).

5.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

La demandada interpone apelación mediante escrito de fojas 529, señalando lo siguiente: **a)** Se inobserva los principios de pro actione y el de flexibilización; no se ha tratado el caso como problema humano, al no permitírsele la presentación de su escrito de contestación y sus medios probatorios, prefiriéndose el requisito de admisibilidad en perjuicio de su derecho a la tutela jurisdiccional; **b)** La sentencia no se ajusta al mérito de lo actuado, se vulnera el principio de la carga de la prueba, admitiéndose como cierto que el demandante ha obtenido la plena guarda y custodia de la menor y su impedimento de salida de fecha 09 de setiembre del 2015 cuando no existe en autos prueba idónea que lo acredite; **c)** Igualmente, el pronunciamiento sobre el segundo punto controvertido, no se ajusta el mérito de la carga de la prueba, por cuanto las afirmaciones deben ser probadas por la parte que lo formula y no por la contraria; la menor cuenta con la nacionalidad noruega y también con la peruana, por lo que goza de la protección especial de nuestro sistema jurídico; **d)** No se ha valorado la denuncia policial formulada por el propio actor el 02 de octubre de 2015 en donde señala que transfería a la denunciante la suma de 30,000 coronas por mes, lo que denota que no veía a la menor; **e)** No

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

se ha valorado sus denuncias por violencia familiar hechas en Noruega; **f)** No se ha valorado su denuncia contra el medio hermano de la menor, sobre tocamientos indebidos; **g)** No se ha valorado la conducta del actor en la entrevista que tuvieron ambos en la unidad de servicios de protección del menor por violencia familiar; **h)** No se ha valorado que en su solicitud de restitución de la menor del actor, ha señalado que su persona viaja constantemente por el mundo y que no podría dedicarse a la crianza de la menor y que solo desea visitarla, con lo que se prueba que nunca el actor tuvo la custodia de la menor; **i)** No se ha valorado que según el artículo 35 de la Ley de Relaciones Paterno Filiales, es la madre quien tiene la custodia del menor, cuando las partes no están casadas y su matrimonio si bien fue en Perú no fue reconocido en Noruega; **j)** Que, la menor también goza de nacionalidad peruana.

6.- SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La Sala de Familia Permanente de Lima Norte mediante sentencia de vista del 19 de abril de 2017, obrante a fojas 744, confirma la sentencia de primera instancia en todos sus extremos, bajo los siguientes argumentos: se tiene el Extracto del Registro Civil Central de la menor Ise Frantzen (fojas 38), en el que se indica que la menor tiene nacionalidad Noruega- Patria Potestad Compartida; el acuerdo de régimen de visitas (de fojas 40), del cual se advierte que el padre tenía un régimen de visitas, documento que fue valorado además en el auto de resolución provisional (fojas 271). Del movimiento migratorio (fojas 83), se acredita que la demandada y la menor llegaron a Perú el 20 de setiembre de 2015. No se establece que la demandada haya tenido consentimiento expreso del padre de la menor para traer a su hija de su país natal Noruega, ni que el acuerdo sobre régimen de visitas haya sido modificado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

o dejado sin efecto. Abunda ello, que la demandada en su declaración de fojas ciento noventa y uno, ha referido que no hizo de conocimiento ni tuvo autorización del padre de la menor para trasladar a su hija a Perú. En el escrito de apersonamiento de la demandada, se admite que tiene conocimiento que su cónyuge solicitó la plena guardia y custodia de su hija e impedimento de salida de esta de Noruega, lo que le fue concedido el 09 de setiembre de 2015, esto es, antes de la salida de la demandada y su hija a Perú. Por tanto, se encuentra probado que el traslado de la referida menor por parte de la demandada al Perú configura un “**Traslado Ilícito**”, a la luz de la Convención. En cuanto al lugar de residencia habitual de la menor, se tiene: **(i)** Que, según el Auto de la Resolución Provisional (fojas 271 a 289), entre sus fundamentos se indica que se ha verificado que el demandante (el padre) era quien se encargaba de todos los gastos de la citada menor. **(ii)** En el aludido “Auto” se resuelve, que: ***“Ise Frantzen, nacida el 08.09.2010, vivirá de forma permanente con Thorbjorn Frantzen”***. **(iii)** Igualmente se advierte que la demandada en cuanto al tiempo que vivió la menor en Noruega; dijo: “...yo he vivido ocho años en Noruega y mi hija hasta que tenía cinco años” (acta de 1 de junio de 2016). **(iv)** En ese sentido, los cinco primeros años de la menor ha estado al cuidado de ambos padres, tal como la demandada lo reconoce al declarar. En relación al argumento de la demandada, que su menor hija fue víctima de tocamientos indebidos por parte de su hermano el menor **Ken Olsen Frantzen**, y el relativo a los aspectos conductuales del padre, según la demandada; se tiene, **(a)** Que dicho hecho no ha sido probado, habiéndose concluido con la decisión de: “**Sobreseído porque el sospechoso era menor de 15 años**” (fojas 231-233), lo que fue valorado al momento de resolverse el proceso judicial sobre Resolución Provisional en virtud de la Ley sobre Relaciones Paternos Filiales, en la que igualmente se concluye que la menor Ise Frantzen no corre ningún peligro al vivir con su padre, el demandante, razón por la cual le fue otorgada provisionalmente la custodia de la citada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

menor y un régimen de visitas a favor de la demandada; **b)** La demandada pretende justificar su traslado en temas o cuestiones personales, entre esposos, que no deben afectar directamente a la menor. No se ha acreditado que el retorno de la menor implique un grave riesgo físico o síquico o de cualquier índole; **c)** La menor Ise Frantzen cuenta con una permanencia de menos de dos años en el Perú, habiendo tenido solo interrelación con la demandada, y estando determinada cuál es su residencia habitual, antes de su traslado, se concluye en primer lugar, que aquella no se encuentra integrada al ambiente en el que actualmente vive; siendo que su retorno es necesario, debiendo tomarse la declaración de referencia de la menor, conforme a su edad y madurez; **d)** en respuesta a los agravios de la recurrente, señala que en cuanto a que no se ha probado que el actor tenga la custodia del menor, ello no se ajusta a la verdad, conforme a la sentencia provisional dictada por el Tribunal de Bergem, admitido como prueba por resolución (fojas 305). El A quo ha valorado cada una de las documentales que obran en autos; de la resolución provisional se advierte que uno de sus fundamentos fue que el demandante sufragaba todos los gastos de la menor, lo que ha sido ratificado por la ahora demandada en audiencia única. Asimismo, según el artículo 40 de la Ley de relaciones paterno filial de Noruega se tiene que si uno de los progenitores es titular único de la responsabilidad parental, el otro no podrá oponerse a que el menor se traslade al extranjero con el primero. Pero, si los padres, comparten la responsabilidad parental, tendrán ambos que dar su consentimiento para dicho traslado.

III.- CAUSALES POR LAS QUE SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

El recurso de casación (fojas 808), que interpone la demandada ha sido declarado **procedente**, mediante auto calificadorio, de fecha 22 de agosto de 2017 (fojas 91 del cuaderno de casación), por las causales que a continuación se detalla: **a).**-Infracción normativa del artículo 122 incisos 3 y 4 del Código Procesal Civil; **b)** Infracción normativa del artículo 2071 del Código Civil y el artículo 10 numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y **c).**- Infracción Normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.

IV.- MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:

En el caso de autos, la cuestión jurídica objeto de control en sede casatoria, consiste en determinar si la sentencia de vista ha infringido o no las reglas de la debida motivación y el derecho a la prueba, contenidos en los artículos 122 incisos 3 y 4, y 197 del Código Procesal Civil; y descartado ello, determinar si se ha vulnerado el artículo 2071 del Código Civil y el artículo 10 numeral 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

V. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, cuando entre las causales por las que se ha declarado procedente el recurso de casación se encuentra la contravención del derecho al debido proceso, esta debe ser analizada primero, pues de ampararse la misma acarrearía la nulidad de la impugnada, resultando innecesario el pronunciamiento sobre las demás causales, por lo que, habiéndose declarado la procedencia por la causal de infracción normativa por vicios *in procedendo*, corresponde verificar si se ha configurado o no esta causal (*infracción normativa del artículo 122 incisos 3 y 4, del Código Procesal Civil correspondiente a la debida motivación de las resoluciones judiciales*), pues en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

caso de ser estimada, se dispondría el reenvío del proceso al estadio procesal correspondiente.

SEGUNDO.- Sin embargo, se debe precisar previamente, que ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar bajo estricta sujeción el derecho del Interés Superior del Niño y del Adolescente, consagrado en el artículo IX del título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

TECERO.- Así, la presencia de los derechos fundamentales de un menor plantea que la evaluación de los actos procesales que se cuestionan también deban analizarse tomando en consideración las exigencias que se deriven del artículo 4 de la Constitución Política, el cual asegura a los niños y adolescentes una protección especial. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce, tiene una base justa **en el interés superior del niño y del adolescente**, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, que preceptúa que: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

CUARTO.- Dicho principio -y nos referimos al Interés Superior de los niños- se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

Peruano mediante Resolución Legislativa Número 25278 de fecha 4 de agosto de 1990, cuyo artículo 3 establece: *“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. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

QUINTO.- Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que otorga la Constitución y, que a la vez se encuentra recogida en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas.

SEXTO.- En esta línea, el Tribunal Constitucional acerca del interés superior del niño, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6165-2005-HC/TC, de fecha 06 de diciembre del 2005 (Fundamento 14), precisó que: *“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda. Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos”* (...). En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño, vincula no sólo a las entidades estatales y públicas, sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

SÉTIMO.- Por tanto, ante la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de la menor favorecida) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas, se considera necesario referirse primero a la causal descrita en los acápites **A) y C)**, referidos a la infracción normativa de los artículos 122 incisos 3 y 4, 197 del Código Procesal Civil. En el marco expuesto sobre los derechos de los menores, 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

sucumban ante la ausencia e 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.

NOVENO.- 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 logicidad de las resoluciones, el respeto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción, de contradicción, de presentar pruebas y que las decisiones se encuentren debidamente motivadas) entre otros.

DÉCIMO.- En este sentido tratándose de un proceso sobre Restitución Internacional de Menor, se debe precisar que la: “Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” adoptada en la ciudad de la Haya el 25 de octubre de 1980, Convención a la cual se ha adherido el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27302 del 07 de julio de 2000 y ratificada mediante Decreto Supremo N° 023-2 000-RE del 02 de agosto del año 2000, tratado multilateral por el que los Estados signatarios de la citada Convención, **han resuelto proteger al menor en el plano internacional**, de los efectos perjudiciales que podrían ocasionarle un traslado o retención ilícita, estableciendo procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como asegurar la protección del derecho de visita

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

DÉCIMO PRIMERO.- Que, el convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores contiene dos aspectos relacionados a la restitución del menor: **1)** Los supuestos bajo los cuales corresponde la restitución del menor que establece el artículo 12 de la Convención; y, **2)** Una disposición de carácter excepcional, que recoge el artículo 13 inciso b) de la citada Convención, **la cual permite denegar la restitución siempre y cuando esté demostrado de que el menor haya quedado integrado a su nuevo medio.**

DÉCIMO SEGUNDO.- En este último caso se debe tener en cuenta que 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 situación intolerable”; lo cual no ha sido analizado.

DÉCIMO TERCERO.- En este contexto como ya se ha indicado líneas arriba, el interés superior del menor es aquel principio rector que impone al Estado no solo la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren rápida y eficazmente la protección de los niños, sino que además debe ser el factor de inspiración en las decisiones que sobre restitución internacional deben adoptarse, por lo que tal Principio solo será eficaz en la medida que la determinación del caso se tome con diligencia y sobre la base de la prueba de los hechos que se invoque.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

DECIMO CUARTO.- Siendo así, resulta necesario que las instancias de mérito, en aplicación del principio del interés superior del menor arriben, no a una presunción sino a la certeza que no nos encontramos dentro de la excepción a la que hemos hecho referencia en los considerandos décimo primero y décimo segundo de la presente resolución, para lo cual **deberá hacer uso de las facultades que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil, y ordenar las pruebas que protejan el estado de salud físico y mental de la niña**, considerando que contrario a lo afirmado por el *Ad quem*, la menor si bien nació en Noruega, también tiene nacionalidad peruana encontrándose inscrita en el Registro de Identificación y Estado Civil (fojas 110), y el mayor tiempo se encontró al lado de su progenitora en Noruega puesto que el padre solo tenía un régimen de visitas.

DÈCIMO QUINTO.- Además, se debe tener en cuenta, que no se han realizado las diligencias necesarias para determinar quién se encontraría al cuidado de la menor de producirse la restitución, considerando que su progenitor cuenta los fines de semana también con la visita de sus otros cinco hijos varones, habiendo referido el propio demandante ante el Tribunal de Primera Instancia de Bergen (Bergen Tingrett) Noruega (fojas 271), que el hermano de la menor Ken (16 años) sufre de TDAD, (Trastorno por déficit de atención con hiperactividad), no en grado fuerte, sin embargo se **inquieta fácilmente**, por lo que el padre tenía que dormir en su cuarto cuanto estaba de visita los fines de semana. Ello se encuentra corroborado con lo informado por el Servicio de Protección de menores en la denuncia que se le hizo a dicho menor, por lo que el Servicio consignó que le consta que Ken tiene problemas de comportamiento y TDAH (ver fojas 130). A lo expuesto se debe agregar que por su rol de empresario de una cadena de Solarium (centro de bronceado) “Brun & Blid”, permanece largas horas fuera de casa, y a pesar de contar con otros hijos, no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

tiene la tenencia de ninguno de ellos, salvo la que provisionalmente se le otorgó respecto a la menor.

DÉCIMO SEXTO.- Un hecho que también deberá tenerse presente es que si bien es cierto las autoridades Noruegas han sobreseído la denuncia que formuló la demandada contra Ken por haber realizado tocamientos en los genitales de la niña, no se debe de perder de vista que ello fue: “(…) porque el sospechoso tenía menos de 15 años” (fojas 233) no habiéndose realizado ninguna diligencia que desvirtúen la denuncia y menos realizado la investigación correspondiente.

DÉCIMO SÉTIMO.- Por tal motivo, frente a la invalidez insubsanable de la sentencia de vista, la infracción procesal debe ser estimada a fin de que el Juez de la causa emita una nueva decisión con estudio de los autos, conforme a lo glosado en los fundamentos precedentes y con arreglo a ley; en consecuencia, corresponde disponer que el Juez emita nuevo pronunciamiento, careciendo de objeto el análisis respecto de la infracción normativa material contenida en el artículo 2071 del Código Civil y en el artículo 10 numeral 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

VI.- DECISION:

Por los fundamentos precedentes, con lo expuesto por el Ministerio Público y de conformidad con lo regulado en el tercer párrafo del artículo 396 incisos 1) y 2) del Código Procesal Civil, **NUESTRO VOTO** es porque se declare:

1.- FUNDADO el recurso de casación de fojas 895, interpuesto por la demandada Andrea Natalia Ramos Monroy; en consecuencia: **NULA** la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
SENTENCIA
CASACIÓN N° 2728-2017
LIMA NORTE
Restitución de Menor

sentencia de vista de fecha 19 de abril de 2014. **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fojas 1243, que declara fundada la demanda de restitución internacional de menor.

2.- ORDENO el reenvío del proceso a la Juez del Cuarto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, a fin de que emita nuevo pronunciamiento respecto al fondo de la controversia, dando cumplimiento a las directivas de la presente resolución.

3.- DISPONGO la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Thorbjorn Frantzen contra Andrea Natalia Ramos Monroy de Frantzen, sobre restitución internacional de menor.

SS.

HUAMANÍ LLAMAS

CABELLO MATAMALA

DE LA BARRA BARRERA

Scm./Lrr.

El relator que suscribe certifica que, el doctor Sánchez Melgarejo no vuelve a firmar su voto que fuera suscrito con fecha catorce de diciembre de dos mil diecisiete, por cuanto a la fecha no encontrarse en la Corte Suprema de Justicia de la Republica.