

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE
PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES Y TENENCIA”**

TESIS:

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADA**

AUTORA:

BACH. ROXANA KATHERINE SIGUENZA ESQUIVEL

ASESOR:

MS. JUAN JOSÉ ESTRADA DÍAZ

**TRUJILLO – PERÚ
2017**

**“PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE
PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES Y TENENCIA”**

PRESENTADO POR:

BACH. ROXANA KATHERINE SIGUENZA ESQUIVEL

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRUJILLO – PERÚ

2017

DEDICATORIA

A DIOS, por haberme permitido llegar hasta
este punto y haberme dado fuerzas, salud e
inteligencia para lograr este sueño anhelado,
además de su infinita bondad y amor.

A mis padres y hermanos, por su apoyo
incondicional y perseverancia, que me
ayudaron a cumplir mis sueños.

A todos mis familiares y amigos,
que siempre estuvieron conmigo,
dándome el apoyo y las fuerzas para
seguir adelante

AGRADECIMIENTO

Expreso mi más grande y sincero agradecimiento a mi Asesor, Mg. Juan José Estrada Díaz, por su gran apoyo, motivación y comprensión; quien con su conocimiento brindado me ayudó en el desarrollo y culminación de esta tesis.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado de la Universidad Privada Antenor Orrego

Pongo a conocimiento de ustedes el presente Trabajo de Investigación respecto de *“PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA”*, a fin de esclarecer la diferenciación que existen entre ambos procesos.

Tratar el tema de menores es muy sensible, ya que estos son personas muy vulnerables y volubles, que pueden ser manipulados fácilmente, por lo que en la actualidad vemos que muchos de los menores entre niños y adolescentes, son llevados a otros países retenidos y/o sustraídos ilícitamente por solo uno de los progenitores, debido a causas ajenas a ellos, como puede ser venganza, o por pensar que la otra parte no está haciendo las cosas adecuadamente o por temor a estar solos, o por motivos diversos, no previendo las consecuencias que esto trae consigo, entre ellos el desarraigo de la Residencia habitual del Menor y el quebrantamiento del Principio Rector del Interés Superior del Niño.

Con la convicción que se le otorgue el valor justo y mostrando apertura a sus observaciones, le agradezco por anticipado las sugerencias y apreciaciones que se le brinden a la presente investigación.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal establecer los Parámetros diferenciadores entre los Procesos de Restitución Internacional de Menores con los Procesos de Tenencia, a fin de poder acelerar y brindar el adecuado trámite a los pedidos de Restitución de Menores.

Es por ello que para cumplir con el propósito de la investigación, se estudiará de todo lo relacionado al PROCESO DE RESTITUCIÓN DE MENORES y PROCESO DE TENENCIA, lo cual facilitará y ayudará a establecer la diferenciación entre ambos procesos jurídicos, pero siempre salvaguardando el Principio del Interés Superior del Niño, conllevando a ello acelerar el proceso y haciéndose respetar plazos establecidos en las Convenciones que han sido ratificadas con el Perú (Convenio Internacional de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sust5accion y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional).

ABSTRACT

The main objective of this research is to establish the differentiating Parameters between the Processes of International Restitution of Minors and the Tenure Processes, in order to accelerate and provide the appropriate procedure for the requests for Restitution of Minors.

That is why to fulfill the purpose of the investigation, everything related to the PROCESS OF CHILD RESTITUTION and TENURE PROCESS will be studied, which will facilitate and help to establish the differentiation between both legal processes, but always safeguarding the Principle of the Higher Interest of the Child, leading to it accelerating the process and respecting deadlines established in the Conventions that have been ratified with Peru (International Convention of the Hague on Civil Aspects of the Substitution and the Inter-American Convention on International Restitution).

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se pretende establecer parámetros diferenciadores entre el Proceso de la Restitución Internacional de Menores y el Proceso de Tenencia, debido a que cuando se presentan juicios en el que uno de los progenitores reclama la Restitución del menor, los jueces lo tramitan como un mero juicio de tenencia.

Por consiguiente se viola y no se hace prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño, principio que es considerado como rector, debido a que su finalidad apunta a la protección, guardia y custodia del menor; puesto que si el niño y/o adolescente es alejado del lugar de su residencia habitual éste va a perder el arraigo con su familia y va a crecer en un ambiente diferente el mismo que va a repercutir en su desarrollo y formación y muchas de las veces, el progenitor que tiene al menor, lo va a esconder para no lo ubiquen y con ello se va a generar problemas para su estabilidad emocional.

Tampoco se respeta, ni se sigue los lineamientos establecidos tanto en la Convención de Haya como en la Interamericana, alargando el proceso y plazos, por lo que una solicitud de restitución debe de ser resuelta de manera inmediata con la mayor eficacia, ya que se encuentra en tela de juicio un menor.

De lo anteriormente expuesto, el ánimo de aportar al estudio de esta problemática, se presenta esta tesis titulada: “*PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA*”, en cuyos capítulos se procura establecer los fundamentos teóricos, problemática particular y posibles soluciones.

Por consiguiente:

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA, se efectúa la Realidad Problemática, formulación de la Hipótesis, variables, tanto dependiente como independiente, objetivos, tanto general como específico y por último la justificación.

CAPITULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA, se desarrollan los antecedentes, marco teórico, en el que he creído conveniente primero dar a conocer lo referente al Derecho de la Familia, etimología, definición, clases de familia, condición jurídica (niño y adolescente); asimismo se tratara el Proceso de Restitución Internacional, cual es el procedimiento que se debe de seguir para iniciar este proceso, el juez competente, tratamiento legislativo en las Convenciones. De igual manera desarrollaré el Proceso de Tenencia, su definición, procedimiento, juez competente, tratamiento legislativo Nacional y en el Derecho Comparado. También se desarrollará la diferencia conceptual de los Procesos de Restitución Internacional y Tenencia, según la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo se analizará el desarrollo del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, Principio de Celeridad y Economía Procesal; en el mismo que se abordará lo relacionado al Interés Superior del Niño, alcances generales, nociones según la legislación nacional, legislación comparada y la Convención de los Derechos del Niño; en lo que respecta a los Principios de Celeridad y Economía Procesal, se estudiará la definición, características, naturaleza y efectividad.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA, Luego se desarrollaran las unidades de análisis; tipos; métodos; técnicas e instrumentos; Técnicas de Recolección de Información; Diseño de Procedimiento y Análisis de Datos.

CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN, Por último se desarrollará el Subcapítulo I: en el que se determinará la importancia y eficacia de las decisiones judiciales en los procesos de Restitución Internacional de Menores y Tenencia; Subcapítulo II: parámetros diferenciadores que influyan en los procesos de restitución internacional de menores y tenencia; Subcapítulo III: análisis de casos; Contrastación de hipótesis.

Finalmente se termina con las Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Legislativa, en la misma que se obtendrá una respuesta tentativa, con la investigación doctrinaria, investigación jurídica nacional y supranacional.

Con esta visión de la tesis expuesta se desea encaminar la problemática enfocada desde en un nivel inicial con la teórica, para luego pasar a un análisis, interpretación y crítica.

ÍNDICE

PÁGINAS PRELIMINARES

Dedicatoria	3
Agradecimiento	4
Presentación.....	5
Resumen	6
Abstract	7
Introducción.....	8
Índice.....	11
CAPITULO I: EL PROBLEMA.....	14
Realidad Problemática	15
Enunciado.....	17
Hipótesis.....	18
Variables	18
Objetivos	18
Justificación.....	19
CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	21
Sub Capítulo I: Antecedentes	22
TÍTULO I: LA FAMILIA	25
1. Nociones Generales.....	25
2. Etimología	27
3. Definición.....	28
4. Principios Constitucionales de Regulación Jurídica	28
5. Clases.....	29
6. Condición Jurídica del Niño y Adolescente dentro de la Familia.....	31
TÍTULO II: PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	35
1. Nociones Generales.....	35
2. Definición de Restitución de Menores	36
3. Legitimación activa para instaurar el Proceso de Restitución	37
4. Juez competente.....	37
5. Autoridades Centrales	38
6. Vías para reclamar la Restitución del Menor.....	40
7. Procedimiento de la aceptación de la Solicitud de Restitución	40
8. Los Procesos de Restitución de Menores	42
9. Plazo para la interposición del pedido.....	44

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

10. Medios de Pruebas	45
11. Costos.....	45
12. Ejecución de la sentencia.....	46
TITULO III: LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL PERÚ.....	48
1. Regimen legal vigente en el Perú.....	48
2. Trámites del expediente de recuperación de un menor.	49
3. Solicitud de Restitución o Visitas Internacionales en el Perú:.....	50
TÍTULO IV: PROCESO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES	52
1. Definición de Tenencia en el Derecho Nacional	52
2. Definición de Tenencia en el Derecho Internacional y en la Convención...5443. La Paternidad responsable y la Coparentabilidad como aspectos fundamentales del proceso de tenencia	55
4. Juez competente para conocer del Proceso de Tenencia de niños y adolescentes.....	56
5. Variación de la Tenencia	56
6. Pérdida de la Tenencia por solicitud de modificación de la tenencia.....	57
7. Clases de Tenencia.....	57
8. Diferencias entre los Procesos de Restitución y Tenencia	59
TÍTULO V: NORMATIVA INTERNACIONAL	62
I. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.	62
1. Nociones generales de ambas Convenciones	62
2. Ámbito de aplicación de las Convenciones	64
3. Diferencias entre ambas Convenciones	65
4. Bien jurídico protegido.....	65
5. Residencia Habitual.....	66
6. Derecho Comparado.....	66
TÍTULO VI: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; PRINCIPIO DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL	70
Nociones Preliminares	71
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	71
1. La Convención internacional sobre los derechos del Niño: expresión de un Consenso Universal	71
2. Nociones del Interés Superior del Niño.....	73
3. Origen y Proyecciones	74
4. Nociones del Interes Superior del Niño.....	75
5. Importancia del Principio del Interés Superior dentro de la Restitución de Menores	75
6. Características.....	75

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

7. Tratamiento Legislativo	75
8. Funciones en el Marco de la Convencion Internaonal sobre los Derechos del Niño	75
PRINCIPIOS PROCESALES	80
I. PRINCIPIO DE CELERIDAD.....	80
II. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL	81
APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.-	82
CAPÍTULO III: METODOLOGIA	83
1. Unidad de análisis	84
2. Tipo de análisis	84
3. Métodos	84
4. Técnicas e instrumentos.....	85
5. Técnicas de Recolección de Información	86
6. Diseño de Procedimiento y Análisis de Datos	86
CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	88
Subcapítulo I :IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA	89
Subcapítulo II : PARÁMETROS DIFERENCIADORES QUE INFLUYAN EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA	91
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	96
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES	99
PROPUESTA LEGISLATIVA	101
BIBLIOGRAFÍA	103

CAPITULO I: EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA:

1.1. Realidad Problemática:

Cuando se da por concluida una relación, es decir, se encuentran separados de hecho, es que se va a poner en disputa la custodia de los hijos debido que ambos van a querer tenerlo y el padre que se ve afectado en su derecho, en muchos de los casos sustrae a los menores y los desplaza ilícitamente del Estado donde el niño (a) y/o adolescente tiene su Residencia Habitual, a un país distinto al suyo, reteniéndolos ilícitamente, y es allí donde los hijos van a empezar a ser tratados como meros objetos de los progenitores, violentando sus derechos y haciéndoles perder sus raíces e identidad social, privándoles de crecer en un ambiente saludable.

Lo que los padres siempre deben garantizar es el bienestar y cuidado de los hijos, haciendo que se cumplan y se respeten sus derechos pero ante todo priorizando el Interés Superior del Menor.

La Restitución es *la reintegración de un menor o de otra persona privilegiada en todas sus acciones y derechos*".¹ (Ossorio, M.), determinándose que éste proceso es complejo ya que en ello se encuentran en juego diversos intereses que afectan directamente derechos de menores, siendo este un problema delicado que le concierne al Derecho Internacional Privado y al Derecho Civil.

El propósito de la presente investigación es poder determinar Parámetros diferenciadores entre Procesos de Restitución y Tenencia, para que de esta manera se evite transgredir el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y los pedidos de Restitución de Menores se puedan resolver en el

¹ Ossorio, M. (2010). Diccionario de la Real Academia Española. Lima. Editorial Heliasta S.R.L.

menor tiempo posible, permitiéndose aplicar los Principios de Celeridad y Economía Procesal.

Para resolver los pedidos de Restitución de Menores, se aplican los Convenios suscritos en la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980, el cual regula “ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES” y la “CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”, dichos instrumentos internacionales tienen como Principio rector proteger a los menores fijando procedimientos que garanticen el regreso inmediato a su lugar de residencia habitual.

En los procesos de Restitución, se presentan demoras, lo cual conlleva que dichas Convenciones se conviertan en un tanto inservibles, siendo una de las causas de este retraso, el no tener una regulación específica, ni legal, ni reglamentaria, sino que existe una suerte de remisión a la legislación interna de cada Estado parte, por lo que se deberá tener en cuenta que en cada país se dé un procedimiento rápido, urgente e idóneo para obtener la restitución del menor.

En el Perú no existe un procedimiento especialmente que este diseñado para tramitar los pedidos de Restitución de Menores y la jurisprudencia no tiene un criterio uniforme al respecto. Tampoco la doctrina se ha ocupado acabadamente de esta cuestión.

En los casos de Restitución Internacional de Niños, Niñas y/o Adolescentes la Autoridad Central será quien resolverá, pero en muchos de los casos los pedidos de Restitución son resueltos pasados los dos años, no cumpliéndose con el tiempo establecido en las Convenciones porque en muchos de los casos

suelen resolverlos como si fuera un verdadero juicio de tenencia, el cual hace que se alargue el proceso y se perjudica al menor, llegándose a evaluar distintas aptitudes de los padres para ejercer el derecho de custodia, siendo esto el obstáculo para el correcto funcionamiento de las convenciones acarreando con ello que los días que transcurren para la tramitación de las peticiones de restitución excedan en los plazos que se establecen en los convenios.

De todo lo anteriormente dicho, se debe de rescatar que esto no constituye un impedimento para que por vía procesal los padres puedan pedir la tenencia del niño, niña y/o adolescente, lo cual sería un trámite engorroso que lleve mucho tiempo del requerido.

Estableciéndose que el padre que sustrae o retiene ilícitamente al menor frecuentemente actúa con la esperanza de obtener la custodia frente a los tribunales del país en el cual radica. A la hora de establecer cuál es la ley aplicable estas deben de ser las más idóneas y las que brinden mayor protección a los menores, teniendo en cuenta que lo que se busca es de devolver al niño a quien tiene la tenencia legal. Es por ello que se señala a la restitución internacional de menores como un procedimiento autónomo. Siendo urgente la necesidad de aprobar bases legislativas a la Restitución Internacional de menores.

1.2. Enunciado:

¿SERÁ NECESARIO ESTABLECER CUÁLES SON LOS PARÁMETROS
DIFERENCIADORES ENTRE EL PROCESO DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y EL PROCESO DE TENENCIA?

2. HIPÓTESIS:

SI ES NECESARIO ESTABLECER PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES CON EL PROCESO DE TENENCIA, PORQUE VAN A EVITAR TRANSGREDIR EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y VAN A PERMITIR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.

3. VARIABLES:

3.1. V. Independiente:

- Parámetros diferenciadores entre el Proceso de Restitución Internacional de Menores y el Proceso de Tenencia.

3.2. V. Dependientes:

- Evitar transgredir el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.
- Permitir aplicar los Principios de Celeridad y Economía Procesal.

4. OBJETIVOS:

4.1. General:

Establecer los parámetros diferenciadores entre los Procesos de Restitución Internacional de Menores con los Procesos de Tenencia, con la finalidad de esclarecer y acelerar los Procesos de Restitución Internacional de Menores.

4.2. Específicos:

- 4.2.1. Analizar la Doctrina y regulación que sustentan el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.
- 4.2.2. Determinar la diferencia conceptual entre Tenencia, Restitución Internacional de Menores.
- 4.2.3. Examinar fundamentos jurídicos de Restitución y Tenencia a la luz de los Tratados Internacionales.
- 4.2.4. Evaluar el procedimiento que se está utilizando para resolver los casos de Restitución Internacional de Menores y Tenencia.
- 4.2.5. Identificar, describir y definir el concepto, características, naturaleza y efectividad de los Principios de Celeridad y economía Procesal.
- 4.2.6. Analizar la doctrina y legislación en el Derecho Comparado, con otros países latinoamericanos sobre la aplicación de los procesos de Restitución Internacional de Menores y Tenencia.

5. JUSTIFICACIÓN:

El problema planteado se justifica por la importancia que representa desde los siguientes puntos de vistas:

a) **Desde el punto de vista Científico.-**

Se pretende desarrollar parámetros diferenciadores de los procesos de Restitución Internacional, así como hacer una interpretación congruente de los mismos con la finalidad de acelerar los procesos de restitución en aras de salvaguardar el Interés Superior del Niño. Asimismo se pretende otorgar una

amplia tutela jurisdiccional efectiva a los derechos del niño, en su marco de Seguridad Jurídica para poder otorgarle un criterio general que guie con mejor luz a los creadores y operadores al momento de crear, interpretar y aplicar el procedimiento de la Restitución; aplicándose a ello el proceso de Celeridad y Economía Procesal.

b) Desde el punto de vista Social.-

En este aspecto se desarrollará debido a que los conflictos que se presentan en matrimonio o parejas separadas; influyen negativamente en un menor, son ellos los que se van a perjudicar con esta situación, debido a que uno de los progenitores va a pretender llevárselo desplazándolos a otros países, no importándoles que esta situación fluye negativamente en el menor, quien no tiene culpa de estos problemas.

c) Desde el punto de vista Jurídico.-

En este aspecto se desarrolla la presente investigación, en cuanto se pretende establecer parámetros diferenciadores entre los Procesos de Restitución Internacional con el Proceso de Tenencia; procesos diferentes que deben de ser desarrollados como tales, evitando con ello transgredir el crecimiento y desarrollo del menor; identificando claramente cada institución jurídica.

CAPÍTULO II:
FUNDAMENTACIÓN
TEÓRICA

SUB CAPITULO I

ANTECEDENTES

Respecto al tema materia de investigación, la alumna investigadora no ha encontrado ninguna tesis sobre el tema investigado o que se haya desarrollado alguna investigación en las escuelas de pregrado y posgrado, cuyas bibliotecas han sido visitadas por la investigadora.

Sin embargo, las Convenciones se proponen como objetivo, la restitución del menor a la jurisdicción de su residencia habitual. Por ende las decisiones sobre la tenencia, tanto en el país requirente como en el requerido no serán tomadas en cuenta a los efectos de la restitución. El conflicto de la tenencia deberá ser resuelto por el juez de la residencia habitual del menor, por lo que deberá tratarse de un procedimiento sumario, rápido, urgente, que resulte idóneo para obtener el fin perseguido.

Ninguno de los Tratados Internacionales contiene normas procedimentales específicas que regulen el trámite respecto al pedido de restitución, sino que existe una suerte de remisión a la legislación interna de cada Estado parte.

En todo caso, Tal como se pronuncian DREYZIN DE KLOR y URIONDO DE MARTINOLI: “el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor, con frecuencia actúa con la esperanza de obtener el acogimiento a sus pretensiones por los tribunales del país en el cual se radica.

La tendencia de los jueces ante los pedidos de restitución de un menor es a confundirlos con un verdadero juicio de tenencia, llegando incluso a evaluar las aptitudes de los progenitores para ejercer el derecho de custodia. Este constituye, a nuestro criterio, el principal obstáculo para el correcto funcionamiento de las convenciones.

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

Estadísticas oficiales revelan que con relación al número de días transcurridos para la tramitación de las peticiones de los casos entrantes desde el inicio del caso ante la Autoridad Central Argentina hasta la resolución definitiva de los procedimientos y que han sido resueltos por las autoridades judiciales de nuestro país, de los 5 casos iniciados en el año 2007 por el Convenio de La Haya, que han sido resueltos a septiembre de 2008, el promedio ha sido de 238 días (aproximadamente 7 meses y medio). En general, los casos resueltos en el marco de la Convención Interamericana han llevado menos tiempo de tramitación.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Piura), da la Casación 3080-2012, interpuesto por El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes en su calidad de autoridad Central Peruana contra la sentencia de vista expedida por la Sala Descentralizada Civil de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura la cual revoca la resolución de primera instancia que declara fundada la demanda de solicitud de restitución y reformándola la declara infundada. Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha veintinueve de agosto del año dos mil doce declaró procedente el recurso de casación por la infracción normativa material y procesal de los artículos 1, 3, 4, 5, 12 y 13 de la Convención de la Haya respecto a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y al Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.- CAS. N° 1695-2011 LA LIBERTAD, la misma que trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Roxana Iliria Recuenco Cabrera a fojas quinientos quince del cuatro de abril de dos mil once, contra la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil once

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

que corre a fojas cuatrocientos noventa y siete que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de restitución internacional de menor; en los seguidos por Jesús Herrera Urbina, sobre restitución internacional de menor.

TÍTULO I

LA FAMILIA

1. Nociones Generales.-

El Derecho de Familia está compuesto por el conjunto de normas jurídicas que regulan vínculos familiares. Este derecho se encuentra regulado y consagrado en nuestro actual Código Civil.

La Familia es definida como el conjunto o comunidad de personas, que se forma con el matrimonio o con la convivencia de un hombre y una mujer y es dentro de ella donde los niños, niñas y/o adolescentes deben de crecer y desarrollarse.

En este contexto, cuando un menor es trasladado y/o retenido del lugar de su residencia habitual, a un lugar distinto al de su habitual residencia y separándolo de su familia de origen, éste se desarraiga de su hogar, pierde identidad con sus raíces y ello puede conllevar a que el menor, que está en pleno desarrollo, crezca con problemas psicológicos, los cuales van a perjudicar al menor.

Así también el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar consagrados en los artículos

1° y 2°, inciso 1) de la Constitución. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “*el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”, así como en su artículo 9.1, que establece que “*los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos*”, derecho reconocido también expresa en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, que señala que “*el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia*”.

2. ETIMOLOGÍA.-

Etimológicamente según GLUNO, la familia deriva de la voz latina “*fames*” que quiere decir hambre, aludiendo al hecho que es en el seno doméstico es donde el hombre satisface siempre sus necesidades primarias”.²

Para otros autores la palabra familia deriva de la voz latina “*famulus*”, que significa, siervo o esclavo doméstico, haciendo referencia al Roma antiguo, donde la palabra familia se aplicaba para designar al conjunto del patrimonio perteneciente a un mismo amo.

Según investigaciones modernas, se cree que la palabra familia deriva de la voz *vama* o *fama*, que tiene un significado complejo, de habitación, residencia, vestido o algo así como hogar o casa.

² Max Mallqui Reynoso – Eloy Monethiano Zumaeta, “Derecho de Familia”. Pg.23

3. DEFINICIÓN.-

No se puede establecer una definición exacta respecto a la familia, debido a que a este término se le puede signar diversas significaciones jurídicas.

MALLQUI REYNOSO-MOMETHIANO ELOY, toma la definición de CARBONIER definiéndole sociológicamente a la familia como la *“agrupación elemental compuesta por individuos conexiados en virtud de una realidad biológica que forma parte de la unión sexual, el hecho de la procreación y la descendencia de un progenitor”*³.

A nivel internacional, la Familia también ha sido objeto de reconocimiento y protección. Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la Familia como *“elemento natural y fundamental de la sociedad, sujeta a la protección del Estado y la sociedad”*.⁴

Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la Familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

La familia es aquella comunidad de personas que se inician con el matrimonio o con la convivencia more uxorio de un hombre de un hombre y una mujer. La familia está destinada a la realización de la generación humana, a la ayuda y un auxilio recíproco y al desarrollo personal y económico del grupo.

Alex Placido⁵, define a la familia en sentido amplio, restringido e intermedio:

- a. **Familia en Sentido Amplio:** En este sentido, la familia es considerada como *“el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico*

³ CARBONIER, J. Derecho Civil. Barcelona, 1961. Vol I pag. 7

⁴ <https://agoraabierta.lamula.pe/2014/05/01/la-familia-en-la-constitucion-politica-del-peru/rafaelrodriguez/>

⁵ Placido V., Alex “Manual de Derecho de Familia”

familiar. La familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y parentesco”.

En este sentido la familia se relaciona de manera conyugal, paterna filial y parentales, el mismo que se reviste de importancia jurídica.

En conclusión: la familia es el conjunto de personas unidas por matrimonio o por vínculos de parentesco.

- b. Familia en sentido restringido:** En este sentido, la familia comprende solo a las personas unidas por relación intersexual o procreación. En este sentido la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de organización social.

En conclusión: la familia es el grupo reducido formado por padres e hijos, integrando solo relación conyugal y paterna filial.

- c. Familia en sentido intermedio:** En este sentido la familia es considerada como el grupo social integrado por personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

En conclusión: la familia es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.

4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA.

Siguiendo la corriente contemporánea, la Constitución Política del Perú contempla los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano y son aludidos en el artículo 233° del Código Civil, el mismo que establece la regulación

jurídica de la familia y tiene como finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento.

Los principios relativos a la familia contenidos en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú son los siguientes:

4.1. Principio de Protección de la Familia: Reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

La familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. La Familia que se protege es una sola, sin importar que su base de la constitución sea el matrimonio o la unión de hecho.

4.2. Principio de Promoción del matrimonio: El matrimonio debe ser reconocido como la principal y no como la única fuente de constitución de una familia.

Debe fomentarse la celebración del matrimonio bajo la forma civil obligatoria y propiciarse la conservación del vínculo matrimonial.

4.3. Principio de reconocimiento de la Unión de Hecho: Sostiene la unión voluntaria y libre entre varón y mujer, generando efectos similares al matrimonio.

5. CLASES.-

Existen diversas concepciones respecto a las clases de familia, es por ello que en este acápite desarrollaremos las más resaltantes, dentro de ellos tenemos:

5.1. Familia Amplia: Es la familia compuesta por la madre, el padre, sus hijos, abuelos de éstos, los hijos adoptados y los hijos políticos.

5.2. Familia Nuclear o Restringida: Es la unidad familiar básica que se constituye por el padre, la madre y los hijos de estos.

5.3. Familia Monoparental: Es la familia que se constituye solo por uno de los padres, es fundada y dirigida sólo por la madre o el padre y, sus hijos por efecto de divorcio, separación, muerte de uno de los cónyuges o por haberlo decidido así cualquiera de los padres.

Así también tenemos otras clases de familia⁶:

- **Familia Extensa o Consanguínea:** Es la familia compuesta por más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.
- **La Familia de Madre Soltera:** Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.
- **La Familia de Padres Separados:** Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

⁶ <http://www.monografias.com/trabajos89/los-tipos-familia/los-tipos-familia.shtml#ixzz46fR3smJt>

6. CONDICIÓN JURÍDICA DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DENTRO DE ELLA.-

6.1. EL NIÑO:

En tiempos actuales se ha logrado un avance respecto a los derechos del niño, debido a que existen instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos, así tenemos por ejemplo la aprobación en 1989, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Adolescente (CIDN), el mismo que va a reconocer y proteger los derechos de todos los niños, sin distinción de raza, ideológica, religión, etc.

a) Etimología:

Según CABANELLAS, la etimología de niño, es solo una hipótesis, derivada de una palabra latina acuñada en la Edad Media llamada “nimus”, suponiéndose que solo existió porque no está documentada.⁷

Otros sostienen que etimológicamente, el término “niño” viene del latín *infans* que significa “el que no habla”. Los romanos utilizaban este término para designar a las personas desde su nacimiento hasta los 7 años de edad.

El significado evolucionó a través de los siglos y las culturas hasta llegar a ser usado para nombrar al ser humano en la etapa que comprende desde su nacimiento hasta la adultez. Esta concepción del niño, sin embargo, era muy amplia y la definición de mayoría de edad variaba dependiendo de la cultura.

⁷ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires Argentina, Editorial Heliasta. Pg. 18

b) Definición:

La palabra niño es conocida y adoptada en diferentes culturas y tiempos, por ello debemos de empezar a valorarlo de manera distinta, protegiéndolos y respetándolos cada uno de sus derechos.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 define el término “niño” de forma más precisa: “[...] un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”⁸.

La doctrina establece que Niño es un ser humano que aún no ha alcanzado la pubertad. Por lo tanto, es una persona que está en la niñez y que tiene pocos años de vida.⁹

Según la Constitución Política del Estado establece en su artículo 4º *“La Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y al matrimonio”*.

La edad juega un papel importante para determinar la situación jurídica de la persona en cuanto a su capacidad civil o con su capacidad para el ejercicio de los derechos que la misma ley les asigna; así es que tanto a los niños como a los adolescentes se les da la protección especial con la facultad de ejercitar derechos determinados.

La definición de nuestro Código Civil del Niño y del Adolescente es más clara debido a que hace una gran diferenciación entre Niño y/o adolescente, basándose en la edad cronológica.

⁸ Convención de Derechos del Niño de 1989

⁹ Definición de niño - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/nino/#ixzz46gRavUSz>

En conclusión de lo anteriormente dicho en los párrafos precedentes, se puede deducir que hoy en día los derechos del niño no se respetan a cabalidad, no se aplican de manera coherente, pues estos derechos deberían de ser lo primero que se debería de respetar de acuerdo a los preceptos legislativos citados, para que puedan alcanzar el llamado Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente.

6.2. EL ADOLESCENTE.-

a) Etimología:

Proviene del latín “adolescencia” que significa “joven, adolescente”, sin embargo, la palabra se deriva del verbo “adolesco” que significa “crecer, desarrollarse, ir en aumento” lo cual explica la derivación de la palabra, la adolescencia es también una etapa de crecimiento y de desarrollo, quizá la más crucial en la vida de un individuo.¹⁰

b) Definición:

Según OSSORIO, la Adolescencia es la *“edad que sucede a la niñez y que transcurre desde que aparecen los primeros indicios de la pubertad hasta la edad adulta”*.¹¹

Sus derechos del adolescente se encuentran protegidos en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil y en el Código del Niño y del adolescente, derechos que se deben salvaguardar por encima de cualquiera, debido a que ellos se encuentran en la etapa de asimilar cambios, los

¹⁰ <https://definiciona.com/adolescencia/>

¹¹ OSSORIO, Manuel

mismos que pueden ser perjudiciales para su salud mental y emocional, es por ello que se debe de priorizar en salvaguardarlos para que no crezcan con ningún problema mental.

En el Perú por aplicación del Decreto Ley 26102, Código del Niño y del Adolescente se hace una distinción al interior de la categoría niño y se subdivide en el niño y Adolescente, para comprender al niño desde la concepción hasta los 12 años y al adolescente desde los 12 hasta los 18 años¹². Tal distinción no resulta única para evitar el contenido de alguna manera peyorativa para los adolescentes de la palabra “niño”, sino que es a partir de esta distinción que se asumen algunas obligaciones legales por parte de los adolescentes.

¹²RENTERIA DURAND, Margarita, “Administración de Justicia y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. Edit Comunicarte srl. 1998.pg.48

TÍTULO II

PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

1. NOCIONES GENERALES.-

Los casos de Restitución Internacional de niños y/o adolescentes, es un fenómeno social a nivel mundial, debido a que los niños y/o adolescentes son sustraídos de sus hogares de su residencia habitual por uno de sus progenitores y son retenidos en otro lugar distinto al de su residencia.

Para resolver estos casos se debe de aplicar la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP), así como la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; debe aplicarse de conformidad con los principios de derecho internacional. Los trámites de la restitución se deben de facilitar, debido a que las Convenciones tienen fuerza ejecutiva en todos los estados miembros, pero siempre garantizando el Principio del Interés Superior del Niño, razón por la cual los trámites de restitución deben realizarse en el menor tiempo posible y actuar con diligencia.

Es por ello que en este Título desarrollaremos todo lo relacionado a la Restitución Internacional de Menores, su ámbito de aplicación de los Convenios, el procedimiento que se debe de seguir para presentar las solicitudes de restitución, delimitándose el concepto de restitución.

En cuanto a su ámbito de aplicación material, este proceso se aplica para aquellos supuestos de hecho que encajan dentro del Proceso de Restitución Internacional de menores.

2. DEFINICIÓN DE RESTITUCIÓN DE MENORES.-

Según OSSORIO, la palabra restitución “*es la acción y efecto de restituir, de volver una cosa a quien lo tenía antes (...), la acción de restituir puede ser interpuesta judicialmente*”.¹³

Según el autor Argentino (LUIS KAMADA) la Restitución de menores “*es la acción judicial promovida por aquella persona que tiene derecho a tener consigo a un menor de edad*”¹⁴. A efectos de obtener la restitución de éste a la esfera de gobierno de aquel, de manos de quien lo haya apartado o retenido ilegalmente”.

En este sentido la “*Restitución Internacional*” es un procedimiento autónomo de cooperación mutua entre los Estados, cuya finalidad es efectivizar el retorno del menor al Estado de su residencia habitual del que fue trasladado o retenido ilícitamente por uno de los progenitores, ocasionándole con ello la violación de los derechos de guarda y custodia del menor.

Tal como lo sostiene GOICOCHEA, “*Las Convenciones de Restitución tienen la misma finalidad, restituir a su residencia habitual en forma urgente a los menores trasladados o retenidos en el extranjero*”¹⁵

En este contexto, la Restitución de Menores, es un procedimiento a través del cual un país miembro del Convenio le va a solicitar a otro país miembro que regrese a su país de origen a un menor que fue trasladado.

¹³ OSSORIO, Manuel “Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales” edit .Heliasta S.R.L.pg.674

¹⁴ KAMADA, Ernesto Luis. RESTITUCIÓN DE MENORES. República Argentina: Ediciones Universidad Católica de Santiago de Estero; 2003. Pg.24

¹⁵ GOICOCHEA, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, Pg.67

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INSTAURAR EL PROCESO DE RESTITUCIÓN.-

Están facultados de instaurar y ejecutar el pedido de restitución de menores, toda persona, institución u organismo que sostenga que un niño ha sido trasladado y/o retenido con infracción del derecho de custodia.

Asimismo, el artículo 5 de la Convención Interamericana establece que podrán instaurar el procedimiento de restitución de menores los padres, tutores, guardadores, o cualquier institución que ejerza o este ejerciendo el derecho de custodia del menor.

4. JUEZ COMPETENTE.-

El artículo 6° primer párrafo de la Convención Interamericana establece: *“Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas de Estado Parte donde el menor tuviera su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*

En este contexto la Convención es clara cuando determina que el Juez competente para establecer si hubo retención o traslado ilícito es el Juez de la Residencia Habitual, a diferencia del Juez requerido NO será competente para revisar estos extremos cuando recibe una orden de restitución dictada en el país de la residencia habitual del menor (con excepción de que el solicitante lo hubiese elegido para iniciar acciones directamente ante el Juez donde el niño ha sido trasladado Art. 6° segundo párrafo).

El Convenio de la Haya a la diferencia de la Convención Interamericana, no ha incluido artículos que determinen la jurisdicción para resolver estos casos, por lo

que dicho vacío genera que el Juez requerido no sepa si debe de seguir un orden de restitución dictada en el país de la residencia habitual del menor o si debe de inferir en el caso para poder determinarse si hubo una sustracción ilícita.

Una vez que se ha producido el traslado o la retención del menor, serán competentes para resolver los casos de restitución, las autoridades judiciales del Estado en donde se encuentre el niño, es decir el Estado de refugio. Estos operadores del derecho, serán quienes decidirán y emitirán la respectiva sentencia, para que sean devueltos al Estado de su residencia habitual.

5. AUTORIDADES CENTRALES.-

Boggiano¹⁶, sostiene que la forma de hacer operativa el principio de cooperación internacional sería a través de la designación por cada país de una autoridad central que tenga por finalidad principal hacer cumplir los objetivos del tratado, facilitando las reuniones y acuerdos interjurisdiccionales de distintos magistrados nacionales bajo la Superintendencias de las Cortes Supremas de Justicia de los estados miembros.

Las Autoridades Centrales son entidades designadas por cada Estado contratante a fin de dar cumplimiento a las obligaciones que le impone la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y tienen la función de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos de la Convención.

¹⁶ BOGGIANO Antonio. "Introducción al Derecho Internacional" Buenos Aires, Edit. La Ley pg.57

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

- Localizar al niño, niña o adolescente;
- Prevenir que el niño, niña o adolescente sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- Facilitar soluciones amigables;
- Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- Facilitar información general sobre la legislación del país relativa a la aplicación del Convenio;
- Facilitar la apertura de un proceso judicial o administrativo con el objeto de lograr la restitución o derecho de visita;
- Conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial incluida la participación de un abogado;
- Garantizar desde el ámbito administrativo la restitución sin peligro si fuese apropiado;
- Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación y eliminar los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

Las Autoridades Centrales actúan como Autoridad Central Requirente cuando se remite la solicitud de restitución internacional o visitas a la Autoridad Central donde ha sido trasladado o retenido el menor de edad y actúan como Autoridad Central Requerida cuando recibe la solicitud de restitución internacional o visitas de un menor de edad que se encuentra dentro de su territorio.

6. VÍAS PARA RECLAMAR LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.-

La Convención de Interamericana establece cuatro vías de acción para efectuar la solicitud de Restitución de menores. Así tenemos:

- Por Exhorto o Carta de Rotación.
- Por Solicitud a la Autoridad Central
- Directamente
- Por la vía diplomática o consular

La Convención de la Haya establece solamente dos vías de acción. Así tenemos:

- Por Solicitud a la Autoridad Central
- Directamente

7. PROCEDIMIENTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA SOLICITUD DE RESTITUCIÓN.-

Los trámites para la devolución del menor los establece la legislación interna del estado en particular. Las autoridades competentes del país dónde se presume se encuentra el menor sustraído, una vez que la autoridad central o la autoridad competente tengan conocimiento de la solicitud o demanda de restitución, deberá encargarse de la restitución del menor.

Ante ello surge la pregunta siguiente:

¿Qué debe hacer la autoridad al localizar al menor sustraído?

1. Considerar la posibilidad de un retorno voluntario.
2. Orientar al solicitante sobre la representación legal.
3. Proteger la seguridad e integridad del menor.

4. Iniciar los procedimientos judiciales.
5. Informar a la Autoridad central requirente de la decisión del tribunal.
6. Cerciorarse que la Autoridad central requirente o el solicitante tengan conocimiento de sus derechos.
7. Seguir el progreso de la solicitud.

Si no se localiza al menor, la Autoridad central requerida deberá retornar la solicitud; si el menor ha sido desplazado a otro territorio, reenviar la solicitud ha dicho Estado, de forma adecuada.

Los jueces para resolver los casos deben de aplicar los principios de conformidad con los principios de derecho internacional, relacionados con la protección internacional de los derechos fundamentales del niño. Razón por la cual, las autoridades deben proteger la integridad del menor, por ese motivo, en el momento en que el niño quede al cuidado de las autoridades, son ellas las responsables de su guarda y custodia, hasta el momento en que el menor sea restituido. El menor sólo puede ser entregado a la persona que acredite ser el titular de la guarda y protección del menor, así lo establece el artículo 10.

No obstante, la autoridad que tiene la custodia del niño sustraído o retenido ilícitamente, deberá analizar las pruebas que presenten ambos padres y decidir si se restituye o no el niño, al padre que tenía la patria potestad, al momento de la sustracción.

La autoridad responsable de llevar el proceso de restitución del menor, debe respetar el interés superior del niño, por tanto, tiene el deber de valorar sí la pérdida del vínculo del niño con el padre no sustractor, se puede subsanar, de no

ser eso posible, el niño deberá continuar con su nueva vida. El problema de la tardanza del proceso de restitución se encuentra en la normativa interna del país requerido²⁰. Por ese motivo, la autoridad competente está obligada a proceder con diligencia, para evitar que se consoliden sustracciones indebidas, ya que ello ocasiona que se castigue al padre inocente y se premie al sustractor.

8. LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE MENORES.-

En el procedimiento de restitución, las autoridades judiciales deben declarar si procede o no la devolución inmediata del menor, sin considerar las cuestiones de fondo relativas a la patria potestad o tutela del infante.

Los requisitos que debe cumplir la demanda de restitución del menor se encuentran previstos en el artículo 9 de la presente convención y son los siguientes:

Requisitos de la solicitud:

- a) Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención.
- b) La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor., a las circunstancias y fechas en la que se realizó el traslado al extranjero al vencimiento del plazo autorizado
- c) Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

Anexos:

A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

- a. Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable.
- b. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante.
- c. Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado.
- d. Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo.
- e. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

Del mismo modo el Convenio de La Haya en su artículo 8 dispone que la solicitud presentada debe incluir:

El Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor.

- a. La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla.
- b. Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor.
- c. Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

- a. Una copia auténtica de toda decisión o acuerdo pertinentes.

- b. Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona cualificada con respecto al Derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
- c. Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante.
- d. Cualquier otro documento pertinente.

Cabe señalar que cuando la solicitud se presenta ante la Autoridad Central, generalmente se completa un formulario tipo. Asimismo los documentos están exentos de las debidas legalizaciones cuando son transmitidos por tales autoridades, o por la vía diplomática o consular. La solicitud y la documentación deben estar traducidas al idioma oficial del país ante el cual se van a presentar.

9. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL PEDIDO.-

En la Convención de La Haya y en la Interamericana no fue previsto ningún plazo de caducidad para la interposición de la solicitud de restitución. Sin embargo, el juez podrá rechazar el pedido si es presentado con posterioridad a un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita o desde el momento que el menor es localizado, siempre y cuando se demuestre que el niño se ha arraigado al nuevo medio. Es decir, ha constituido una nueva residencia habitual, un nuevo centro de vida.

10. MEDIOS DE PRUEBAS.-

Las convenciones vigentes no contienen normas sobre medios probatorios admisibles ni sobre su valoración.

Pero los jueces para resolver los procesos, salvo en casos excepcionales, debe darse una mayor importancia a las pruebas documentales y a las declaraciones juradas y menos relevancia a las pruebas orales.

En esta inteligencia, para garantizar que los casos sean tratados con celeridad, como lo exigen los Convenios, los tribunales en una serie de jurisdicciones han restringido el uso de la prueba testimonial. En general, se ha aceptado que una situación en la que debería permitirse la prueba testimonial era aquella en la que la prueba documentada se encontraba en conflicto directo o cuando se considerara que la prueba testimonial podría resultar determinante para el caso.

11. COSTOS.-

En ningún caso se podrá exigir fianza ni depósito alguno, cualquiera que sea la denominación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el Convenio (artículo 22 del Convenio de La Haya).

Por otra parte, los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado (artículo 25 del Convenio de La Haya).

En relación con los gastos que realicen las Autoridades Centrales, cada una sufragará sus propios gastos en la aplicación del Convenio de La Haya (artículo 26). Las Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no podrán exigir al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico.

Las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor, así como todos las costas y pagos realizados para localizar al menor. La CIDIP IV contiene normas similares en relación a los costos del procedimiento de restitución. Añade que los gastos del traslado estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal (artículo 13).

12. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.-

La Convención de La Haya no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. Por el contrario, la CIDIP se limita a establecer en el artículo 13 que: “Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se

hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.” Ninguno de los tratados vigentes ha previsto normas sobre los recursos admisibles. Por otro lado, ha surgido una práctica en una serie de Estados Contratantes del Convenio de La Haya para que las órdenes de restitución estén sujetas al cumplimiento de determinados requisitos o compromisos específicos. A fin de asegurar que tales medidas de protección sean ejecutables, se le puede exigir al solicitante que registre estas medidas en términos idénticos o equivalentes en el Estado de residencia habitual del menor. Por lo general se hace referencia a estas órdenes replicadas como “restitución segura” u “órdenes espejo”.¹⁷ Otros tribunales, en cambio, las han rechazado.

TITULO III

LA RESTITUCIÓN DE MENORES EN EL PERÚ

1. REGIMEN LEGAL VIGENTE EN EL PERÚ.-

La Restitución Internacional de Menores de edad, es un problema sensible, por tratarse de menores, asimismo la normatividad traspasa fronteras y es un tema Internacional, porque hay normas de Corte Internacional donde el Perú es signatario.

Con referencia al Derecho de Custodia, el Código Civil Peruano en el artículo 48° establece que *“La patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”*.

A tal efecto los niños están al cuidado de ambos padres, y son ellos quienes tienen que velar por su bienestar, educándolos, alimentándolos conforme a sus alcances económicos que tengan.

En el Perú la Patria Potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo¹⁷. En este contexto, la norma les da la titularidad al padre y a la madre.

En caso de separación la patria potestad se le otorgara a cualquiera de los progenitores que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio de que el otro progenitor que no tiene la tenencia visite y siga manteniendo una adecuada comunicación con los menores.

Nuestro ordenamiento establece que para que un menor salga del país donde se encuentra residiendo, éste tiene que tener autorización expresa para poder salir

¹⁷ Código Civil Peruano Art. 419

temporalmente, siendo solamente ellos, quienes tomen la decisión en conjunto y no solo del padre que tiene la tenencia.

El Convenio de la Haya establece que por Custodia al derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, decidir sobre su lugar de residencia.¹⁸

2. TRÁMITES DEL EXPEDIENTE DE RECUPERACIÓN DE UN MENOR.-

En el Perú, los pedidos de Restitución de Menores, se tramitan por dos vías: Administrativa, representada por el Ministerio de la Mujer quien será la Autoridad Central y Judicial, cuya demanda será tramitado ante el Juez de Familia competente, quien va a ser suya la demanda y se va a exhortar tomar las medidas inmediatas que faciliten la Restitución.

Será competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación judicial se halla el menor que ha sido objeto de un traslado o retención de ilícitos pudiendo promover el procedimiento.

La tramitación del procedimiento tendrá carácter preferente y deberá de realizarse en el plazo de SEIS SEMANAS desde la fecha en se hubiera solicitado ante el juez la restitución del menor¹⁹.

Una vez promovido el expediente con todos los requisitos que establece el Convenio internacional, el Juez distara en el plazo de veinticuatro horas, resolución en la que se requerirá a la persona que ha sustraído o retenido al menor, con los apercibimientos legales, para que en la fecha que se determine, que no

¹⁸ Artículo 5 de la Convención de la Haya

¹⁹ DE LA ROCA, Ernesto, "Los Menores de edad en el Derecho Español", Granada, 200. Pg 99

pueden exceder de los tres días siguientes, comparezca en el Juzgado del menor y manifieste:

- Si accede voluntariamente a la restitución del menor a la persona institución y organismo que es titular del derecho de custodia; o, en otro caso.
- Si se opone a la restitución por existir alguna de las causas establecidas en el correspondiente Convenio cuyo texto se acompañará al requerimiento.

Como se puede apreciar el procedimiento que se debe de seguir para solicitar el Proceso de Restitución es sencillo, con plazos cortos, pero en la práctica esto no se realiza, debido a que cada vez que se presenta un caso de ello lo tramitan como meros proceso de tenencia.

3. SOLICITUD DE RESTITUCIÓN O VISITAS INTERNACIONALES EN EL PERÚ:

Toda persona en su condición de padre o madre que haya sido lesionada en su derecho de custodia como consecuencia de un traslado o retención ilícita de su hija (o) a un Estado diferente al de su residencia habitual y desea solicitar la restitución o visitas internacional, podrá acercarse a esta Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes, que es la Autoridad Central Peruana designada mediante Resolución Ministerial N° 206-2002-PROMUDEH, para la aplicación de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980.

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

En esta Autoridad Central será atendido por profesionales especializados que podrán asesorarlo acerca del trámite a seguir. Si su caso cumple con los requisitos exigidos por la Convención, deberá presentar la siguiente documentación:

- a) Formulario otorgado por la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes, en la que se incluirá:
 - Partida de Nacimiento Original.
 - Movimiento Migratorio (importante para saber la ubicación del menor).
 - Autorización de Viaje (en caso de haberse otorgado).
 - Certificados de Estudios (en caso de tenerlos).
 - Certificados de Salud (en caso de tenerlos).
 - Fotografía de menor de edad y de los padres.
 - Otra documentación que acredite la residencia del menor de edad en el Perú.

Toda documentación deberá ser traducida al idioma del país donde se solicita la restitución del menor de edad.

TÍTULO IV

PROCESO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. DEFINICIÓN DE TENENCIA EN EL DERECHO NACIONAL.-

La tenencia es una institución jurídica, cuya finalidad es determinar que progenitor estará al cuidado de los hijos en caso se hayan divorciado o separado.

Desde el punto de vista jurídico la tenencia *“es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de los padres o guardadores”* (Yolanda Gallegos – Rebeca Jara 2014).

En palabras de (Canales Torres, 2014) la Tenencia es una institución, un elemento componente de la patria potestad que implica aquel derecho-deber que recae generalmente en uno o en ambos padres, de que el menor de edad permanezca físicamente bajo su custodia, su tutela y protección.

Normalmente tanto la madre como el padre deben ejercer conjuntamente el derecho-deber, pero en determinadas circunstancias esto no es así, generando con ello que se tenga que judicializar su determinación y esto es presentado cuando los progenitores se separan.

La Tenencia es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo²⁰. A falta de acuerdo entre ambos, la tenencia será determinada por el juez tomando en cuenta lo más beneficioso para el hijo, así como su parecer. Así el hijo convivirá con uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de

²⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI ENRIQUE. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Ed Grijley. Lima. Pg. 259

oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.²¹

Fermín Chunga La Monje, nos da un concepto de tenencia: “Desde el punto de vista jurídico la tenencia es la situación por la cual un menor se encuentra en poder de uno de sus padres o guardadores. Es uno de los derechos que tienen los padres de tener a sus hijos en su compañía. Sin embargo por extensión señala el Código, La Tenencia también puede otorgarse a quien tenga legítimo interés”²².

Nuestra legislación establece que el juez es quien debe decidir el destino de los hijos cuando los padres no se ponen de acuerdo, y distingue entre dos conceptos: la custodia, que se define como la tenencia o control físico de los padres sobre sus hijos; y la patria potestad, es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre cada hijo no emancipado.

La tenencia se instituye cuando los padres están separados de hecho o derecho, con el fin de establecer con quien se quedan los hijos y además establecer el régimen de visitas para el padre que no tuvo la tenencia.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 81 señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando

²¹ PODER JUDICIAL DEL PERÚ. *Comisión de Magistrados del Pleno jurisdiccional de Familia*. Plena Jurisdiccional de Familia de 1997: Conclusiones finales, Lima 1997

²² Tenencia y Régimen de Visitas,

las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

Acertadamente, señala (Mosquera, 2012) que se llega a concluir que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres, estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no esté bajo la patria potestad, lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil.

2. DEFINICIÓN DE TENENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN LA CONVENCION.-

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño; tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos que el niño sea objeto de maltrato o violencia familiar, por parte de su padre o madre o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; en cualquier procedimiento entablado con referencia a lo anteriormente señalado, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales

y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Por su parte, (COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2006) señala que la Tenencia de Menor, es definida como el trámite tendiente a obtener un reconocimiento Judicial del derecho de Custodia y tenencia de un hijo y procede en caso que los padres se encuentren separados y un cónyuge o conviviente le arrebatara al otro un hijo o si estuviera en peligro la identidad física de este.

3. LA PATERNIDAD RESPONSABLE Y LA COPARENTABILIDAD COMO ASPECTOS FUNDAMENTALES DENTRO DEL PROCESO DE TENENCIA.-

Dentro de una familia en la que ambos progenitores tienen la responsabilidad y obligación del buen desarrollo psicosocial de los hijos, compartiendo de manera alterna la tenencia biparental, determinándose los roles y funciones de padres a hijos, esta obligación que se tienen con ellos no va cambiar así los progenitores estén juntos o separados.

Es por ello que (Cuculiza, 2007) señala que “los vínculos personales y el contacto directo que un niño debe de mantener con el padre o la madre son un derecho protegido por nuestra legislación, así como se protege en la Convención sobre los Derechos del niño”.

Con lo señalado en los párrafos precedentes, se hace ratifica la importancia que tiene hacer prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño, que siempre se debe tener en cuenta en los casos en los que se vean involucrados los menores.

3.1. Paternidad Responsable: El Artículo 6° de la Constitución Política del Perú, promueve la paternidad y maternidad responsable, implicando el ejercicio efectivo de los derechos y deberes que tienen los progenitores de vivir con sus hijos, siendo necesario que los hijos vivan de una familia, en la que se le pueda brindar un buen clima familiar, un ambiente sano y apto para su buen desarrollo físico y emocional.

En la separación de los padres, los hijos son los que mayormente sufren las consecuencias, debido a que ellos solo pueden convivir con uno de sus padres.

3.2. La Coparentabilidad: implica que ambos progenitores son igualmente responsables de los hijos, de su cuidado y de su bienestar, respondiendo a las necesidades que ellos puedan tener.

4. JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DEL PROCESO DE TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES.-

El Juez de Familia es el órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de Tenencia de niños, niñas o adolescentes, ello se colige de los artículos 133, 137 inciso a) y 160 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes.

5. VARIACIÓN DE LA TENENCIA.-

Como ya habíamos expresado líneas arriba, la Tenencia es un derecho que se solo se le atribuye a uno de los padres.

El derecho de solicitar la variación de Tenencia le compete al padre que no tiene la tenencia, debido a que mediante resolución judicial se otorgó al otro padre,

quien no queda exento de responsabilidad, debido a que ambos padres tiene que velar por el cumplimiento de los deberes y derechos de los hijos.

La variación de la tenencia se realizará con la asesoría del equipamiento multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al menor.

6. PÉRDIDA DE LA TENENCIA POR SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LA TENENCIA.-

La resolución que otorga la tenencia solo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Para solicitar la modificación se requiere la existencia de circunstancia que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la tenencia, esta modificación requiere de un nuevo proceso.

7. CLASES DE TENENCIA

La doctrina²³ ha determinado la existencia de tres tipos de tenencia que son las siguientes:

7.1. Tenencia monoparental

La tenencia monoparental o exclusiva²⁴, es aquella ejercida por un solo progenitor, despojando al otro (generalmente al padre) del ejercicio de la patria potestad por razones poco justificadas como el determinar la corta edad del menor, quien deberá ser cuidado exclusivamente por la madre, que por razones de costumbre se infiere que es la persona más adecuada para ejercer

²³ <http://www.estudiojuridicolingsantos.com/2011/08/la-tenencia-en-el-codigo-del-nino-y-el.html>

²⁴ <http://es.slideshare.net/lexwilliam/la-tenencia-compartida-en-el-peru>

los cuidados del menor. Es por ello que dicha tenencia, se sostiene en la teoría de los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que sostiene que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, o quién está en mejor capacidad económica para mantenerlo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de tres años, como lo es en el Perú, que se le otorga la preferencia a la madre, en tanto, aún existe un nexo de necesidad biológica del niño hacia su madre, lo cual considero erróneo, ya que no se encuentra acierto formal alguno, por lo menos dentro de la rama psicológica.

Se dice que hay tenencia unipersonal cuando se concede a uno de los padres para que tenga al hijo de hecho a su cuidado.

7.2. La Tenencia Compartida.-

En este tipo de tenencia corresponde a los dos progenitores, en forma normal, sin recorte alguno. Nuestra legislación establece que ambos padres pueden acordar la tenencia de sus hijos, sin embargo, establece reglas que se deben tomar en cuenta, como por ejemplo, el hecho de que los niños menores de tres años deban permanecer con su madre.

7.3. La Tenencia Negativa.-

Es cuando ninguno de los progenitores desea hacerse cargo de los menores. La medida primordial es iniciar un juicio de alimentos a fin de que el obligado cumpla con su responsabilidad. La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al

menor bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el menor que teniendo padres, ellos no se hacen cargo de él.

8. DIFERENCIAS ENTRE LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN Y TENENCIA

PROCESO DE RESTITUCIÓN DE MENORES	PROCESO DE TENENCIA
Es un Procedimiento a través del cual se solicita que el menor regrese a su país de origen.	Es una Institución Jurídica, un elemento componente de la Patria Potestad que implica el derecho-deber que recae en uno de los padres, en que el menor va a permanecer bajo su custodia, su tutela y protección.
Son resueltos con la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacionales de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores	Son resueltos con las normas establecidas en el Código Civil y el Código del Niño y del Adolescente donde se encuentran tipificados.
Las Convenciones establecen que la solicitud de retorno o restitución de un menor, no necesita ser formulada por una autoridad judicial, pues basta la intervención de la autoridad central del país requirente para lograr la	El proceso de tenencia para resolverse se basa en lo establecido en el Código Civil del Niño y del Adolescente, siendo uno de los padres que demande y pueden ser atendidas las solicitudes en DESNAS, DEMUNA, Centro de

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

solución de urgencia.	Conciliación Especializado en Derecho de Familia, Juzgados Especializados en Familia
Es un procedimiento autónomo, se instaura a través de las llamadas autoridades centrales de los Estados parte y que tiene como objetivo restablecer la situación anterior jurídicamente protegida, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante.	En el fuero jurisdiccional, la demanda de tenencia debe ser interpuesta ante los juzgados especializados de familia, la vía es la del Proceso Único
Las convenciones vigentes no contienen normas sobre medios probatorios admisibles ni sobre su valoración.	En los procesos de Tenencia hay valoración de medios probatorios presentados en las audiencias, los cuales son verisímiles, que ayudaran a dar el fallo al juez.
La Convención de La Haya no contiene normas sobre la ejecución de la sentencia restitutoria. Por el contrario, la CIDIP se limita a establecer en el artículo 13 que: “Si dentro del plazo de cuarenta y cinco	Para asuntos de familia no existe la cosa juzgada, por tanto, siempre es factible revisar los casos en razón del interés superior del niño. En el proceso de tenencia no hay plazos para solicitarlas, no caducan y es posible volver a iniciarlas, es un proceso muy flexible en

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas.	razón de la tutela del menor y su mejor situación material. La ventaja de solicitar la tenencia provisional es justamente la celeridad con la que el juez debe resolver, esto es, en 24 horas. El requisito es que el padre o madre no tengan la custodia. La interpretación de la norma es que el padre no tenga la custodia por que el otro la tiene por resolución judicial.
---	--

TÍTULO V

NORMATIVA INTERNACIONAL

I. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

1. Nociones generales de ambas Convenciones.-

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, fue adoptada en Montevideo el 15 de Julio de 1989 (en adelante Convención Interamericana). Esta Convención ha sido ratificada por los siguientes países Estados: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante Convención de la Haya), tiene el mismo objetivo que la Convención Interamericana; y para ello sintetizamos el objetivo de la siguiente manera: **RESTITUIR AL MENOR EN FORMA INMEDIATA A LOS MENORES TRASLADADOS O RETENIDOS EN FORMA ILÍCITA FUERA DE SU RESIDENCIA HABITUAL.**

En cuanto a la Convención de la Haya establece que la restitución del menor puede denegarse cuando atenta contra los principios fundamentales del Estado requerido, en materia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículo 20).

Ambas convenciones se concentran esencialmente en la sustracción y retención de menores por padres y/o familiares directos del menor; dándose estos casos de manera más frecuente, es por ello que se tiene la necesidad de dar a conocer y dotar a los tribunales de una regulación apta para atender estos casos que carecen de tipificación haciéndose antijurídico, porque aun cuando son tipificados como conductas punibles, en tanto son llevadas a cabo por familiares del menor invocando razones de protección al niño, y cuando se sancionan se imponen sanciones mínimas.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores establece como se debe aplicar esta Convención; asimismo determina como objetivo fundamental *asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente*”.²⁵

De igual manera la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, también tiene como finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. Así también en su artículo 8° establece que *“toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor”*.

²⁵ Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores-Artículo 1°

En conclusión ambas Convenciones tienen como fin RESTITUIR AL MENOR EN FORMA INMEDIATA A LOS MENORES TRASLADADOS O RETENIDOS EN FORME ILÍCITA FUERA DE SU RESIDENCIA HABITUAL.

Las Convenciones de Restitución abordan de una forma muy similar la temática dado que La Convención de la Haya fue el instrumento en que se inspiró la Convención Interamericana.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CONVENCIONES.-

La Convención Interamericana y la Convención de la Haya tienen la misma finalidad, circunscribiendo el ámbito de la aplicación en los supuestos de traslados y/o retenciones ilícitas.

Como invoca la Convención de La Haya en el procedimiento que se sigue debe de configurarse la ilicitud del desplazamiento debido a que se está violentando el derecho de custodia uno de los progenitores que vendría a ser el solicitante de la restitución.

La Convención Interamericana igualmente contempla el mismo supuesto expresado en el párrafo anterior.

En relación al ámbito de aplicación, ambos convenios prevén la aplicación de los casos de restitución que se puedan suscitar entre los países contratantes tanto en la residencia habitual del niño como en el refugio, buscando con ello las soluciones de cada caso, cooperando con ello y con ello se presenten las autoridades de los Estados afectados en cada caso.

3. DIFERENCIAS ENTRE AMBAS CONVENCIONES.-

Entre ambas Convenciones encontramos las siguientes diferencias:

- La Convención Interamericana es más clara y formal, debido a que establece y define el procedimiento de que deberá seguirse para solicitar la restitución del menor que facilitan el proceso.
- En el Convenio de la Haya no se ha incluido una norma que determine la jurisdicción, viéndose controvertida dicha Convención, especialmente cuando el Juez requerido no sabe si se debe seguir una orden de restitución dictada en el país de residencia habitual del niño, o si es su obligación constatar por si mismo si el caso implica una sustracción ilícita.
- La Convención Interamericana, establece que el Juez que debe decir si hubo retención o traslado ilícito, siendo el juez de la residencia habitual el competente, asimismo el juez requerido no será el competente para revisar estos extremos cuando recibe una orden de restitución dictada en el país de residencia habitual del niño.

4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.-

Ambas convenciones coinciden en que el bien jurídico tutelado es el interés superior del niño.

Tanto la normativa nacional e internacional así como la doctrina y la jurisprudencia han tomado en cuenta este criterio de proteger a este principio.

5. RESIDENCIA HABITUAL.-

El término residencia habitual es entendida como el centro de vida del menor, que abarca el conjunto de elementos familiares, culturales y efectivos de mucha importancia, debido a que este es el que determine la competencia de los jueces.

6. DERECHO COMPARADO.-

En Argentina:

La Convención Interamericana entró en vigor en el mes de marzo del 2001.

Estadísticas del 01 de enero al 30 de setiembre del 2003, se han iniciado 111 casos fundados en ambas Convenciones de Restitución.

Actualmente se han tramitado aproximadamente 600 casos, de los cuales se encuentran en trámite 146 casos.

No obstante se puede advertir que estudios recientes han establecido que en los de restituciones entrantes fundadas en la Convención Interamericana, todas ellas a través de exhorto, la Justicia Argentina ordenó la restitución en un promedio de dos meses de trámites, resultando un plazo alentador en función de nuestros tiempos, más largos.

Asimismo existen obstáculos para el cumplimiento de los objetivos del Convención:

- Demora en el procedimiento judicial.
- Demoras en la localización de los niños
- Falta de difusión del Convenio

Así también se ha determinado que hay interpretaciones erradas de los jueces, en general, la tendencia de los jueces ante los pedidos de restitución de un menor es

de confundirlos con un verdadero juicio de tenencia, llegando incluso a evaluar las aptitudes de los progenitores para ejercer el derecho de custodia, siendo esto la principal limitación para que se dé el correcto cumplimiento de las convenciones.

En las estadísticas argentinas revelan que con relación al número de días transcurridos para la tramitación de las peticiones de los casos entrantes desde el inicio del caso ante la Autoridad Central Argentina hasta la resolución definitiva de los procedimientos y que han sido resueltos por las autoridades judiciales de este país de los 5 casos iniciados en el año 2007 por el Convenio de La Haya, que han sido resueltos a septiembre de 2008, el promedio ha sido de 238 días (aproximadamente 7 meses y medio). En general, los casos resueltos en el marco de la Convención Interamericana han llevado menos tiempo de tramitación²⁶.

España

El proceso de restitución del menor tramitó por ante el Tribunal de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de La Plata²⁷. La sentencia dictada en dicho proceso hizo lugar el pedido del Sr. C., C. por lo cual se ordenó la restitución del menor a España. Contra esta decisión, la Sra. L., M.E. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la infracción de los arts. 10,11 y 12 de la ley 25.358 y del art. 13 de la Convención de La Haya. La sentencia de la Suprema Corte, confirmó la de la instancia precedente.

El proceso de restitución del menor tramitó por ante el Tribunal de Instancia Única del Fuero de Familia N° 1 del Departamento Judicial de La Plata. La sentencia

²⁶ <http://www.menores.gov.ar/>

²⁷ <http://institutointernacionalprivado.blogspot.pe/2009/10/restitucion-internacional-de-menores.html>

dictada en dicho proceso hizo lugar el pedido del Sr. C., C. por lo cual se ordenó la restitución del menor a España. Contra esta decisión, la Sra. L., M.E. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denunciando la infracción de los arts. 10,11 y 12 de la ley 25.358 y del art. 13 de la Convención de La Haya. La sentencia de la Suprema Corte, confirmó la de la instancia precedente.

Conforme al art. 3 de la Convención de La Haya, el desplazamiento es considerado ilícito cuando tenga lugar en violación de un derecho de guarda, atribuido a una persona, institución o cualquier organismo, solo o conjuntamente, por el derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento. Conforme surge de la sentencia, ambos progenitores detentaban la custodia del menor, la que habría sido dispuesta por el juez español con jurisdicción internacional, por ser el del lugar de residencia habitual del mismo. El inc. b) del art. 3, exige que además el desplazamiento haya violado el derecho de guarda ejercido de forma efectiva, solo o conjuntamente, en el momento del hecho, o lo hubiera sido si tales acontecimientos no se hubieran producido. Este requisito, también se hallaba cumplido en el caso, ya que el padre ejercía la custodia conjuntamente con la madre. La ilicitud también se evidencia, al haber burlado la Sra. L., M.E. la orden de prohibición de salida del país, con lo cual su argumento de que el Sr. C., C había consentido el traslado y la permanencia del menor en este país carece de asidero. Véase que no pudo demostrar sus dichos.

Luego de analizar el fallo, puedo concluir que todos los pasos procesales ordenados y cumplidos por el Tribunal de Familia, fueron los correctos. Entiendo que el haber iniciado en el país una acción judicial solicitando la tenencia del niño,

fue un intento de la Sra. L., M.E. para entorpecer un posible pedido de restitución por parte del padre de su hijo. En la práctica es muy común que ello ocurra, ya que ante la imposibilidad real de justificar su accionar, los sustractores intentan todo artilugio para conseguir su objetivo, que es permanecer en el país elegido junto a sus hijos, quienes por la demora en el trámite de las causas muchas veces se adaptan al nuevo lugar, siendo causal de denegación de la restitución. Pero en este caso, es de destacar la celeridad procesal (aunque haya superado las seis semanas del art. 11) y correcta interpretación y aplicación que se hizo del texto convencional, habiéndose resuelto la cuestión acertadamente.

En conclusión en los Estados extranjeros aplicarán su legislación y procedimientos y serán sus autoridades las que en última instancia decidirán sobre el destino del niño. Así lo ha destacado prestigiosa doctrina: *“en este procedimiento, la decisión final sobre el reintegro del niño queda en manos de la autoridad competente del Estado de refugio. Esta autoridad, antes de emitir una orden de restitución, puede pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño una decisión o una certificación relativa al carácter ilícito del traslado o de la retención del menor en el sentido del art. 3º de la Convención (situación contemplada en el art. 15º). Sobre esta autoridad recae la responsabilidad de la última palabra en la definición de conceptos determinantes, tales como “grave riesgo de exposición a un peligro físico o psíquico” o “interés superior del niño”*.²⁸

²⁸ Cfr. NAJURIETA, María Susana, “Restitución internacional de menores”, en GROSMAÑ, Cecilia (dir.), Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007,

TÍTULO VI

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; PRINCIPIO DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL

Nociones Preliminares:

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso de reconocimiento y protección de los derechos del niño que se han desarrollado durante el siglo XX.

En este título lo que propongo es analizar el Principio del Interés Superior del Niño como principio rector, analizando la noción del “interés superior del niño”, debido que se utiliza en diversas legislaciones en el presente siglo, pero adquiere un nuevo significado al ser incorporado en la Convención y en la práctica.

Es por ello que, cuando se tienen los casos en los que se ven involucrados los menores de edad (caso de restitución internacional), los jueces y magistrados deben analizar y resolver en base a este principio, debido que es considerado como uno de los principios fundamentales y generales de la Convención llegando a ser como principio “rector-guía” de ella, conllevando a dar una mejor sentencia.

También en este título se analizará los Principios procesales como son el Principio de Celeridad y Economía Procesal, debido que en los procesos, muchas de las veces, se realizan actos innecesarios que dilatan el proceso y en vez de ayudar a resolverlos los retrasan, es por ello la importancia que debe tener al momento de resolver; en los casos de “Restitución Internacional” como bien lo señalan la Convención Interamericana y la Convención de la Haya, el Proceso de Restitución por su naturaleza es un **proceso**

urgente, porque se encuentran en juego intereses de los menores, quienes son la parte más débil y son los más afectados.

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EXPRESIÓN DE UN CONSENSO UNIVERSAL.-

Durante el siglo XX la manifestación más significativa de la protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas, la Convención es un instrumento de rápido y universal reconocimiento jurídico y masivo de aceptación social.

Dentro de la Convención han surgido argumentos que sostienen que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y la diversidad cultural, permitiéndose interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular.

Del principio del interés superior del niño se identifica este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es por ello que se afirma que la aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima sobre cualquier otra consideración cultural que lo pueda afectar o sobre cualquier beneficio particular colectivo.

2. NOCIONES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.-

El Principio del Interés Superior del Niño, está reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Convención, es el Tratado Internacional que reconoce a los niños como individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar la salud, la supervivencia y el progreso de la sociedad humana²⁹.

En base a la Convención el Principio del Interés Superior del Niño, es uno de los principios jurídicamente protegidos, haciendo que tanto el Estado como las demás personas respeten y cumplan los derechos de los menores, y, por ende se limiten en sus actuaciones.

El término “*Interés Superior*”, describe generalmente el bienestar y respeto de sus derechos. Asimismo cada caso que involucre niños se debe de resolver de manera individual, velándose el respeto del interés superior del menor, tomándose en cuenta el contexto y características que se derivan cada uno de ellos.

3. ORIGEN Y PROYECCIONES.-

En América Latina la evolución de este principio se deja ver en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente y por consecuencia jurídicamente protegido.

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos del niño revela la permanente presencia de la noción del interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor hasta la formulación expresa del principio en la Declaración

²⁹ Convención sobre Derechos del Niño de 1989

de los Derechos del Niño 1959, y su posterior incorporación no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En este contexto, cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad, el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que en base a las Convenciones se ha reconocido al niño como sujeto portador de derechos, el principio debe de ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos.

4. NOCIONES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.-

El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido de este principio son los propios derechos; por ese lado solo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior", en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".³⁰

Es un principio rector guía, que gradualmente se fue incorporando en el sistema jurídico.³¹

El Interés Superior del Niño se entiende como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna para los menores, así como pretende mejorar las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar.

³⁰ http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

³¹ <http://abogacia.maimonides.edu/%E2%80%9CInteres-superior-del-nino-nina-y-adolescente-a-la-vista-de-los-jueces-sus-fallos-e-interpretacion-del-principio-garantista%E2%80%9D/>

Por otro lado Miguel Cillero (1998) plantea que la noción de interés superior es “una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.³²

En este contexto se infiere que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del menor de manera física, psíquica y social. Es por ello que el interés superior del niño indica que los gobiernos y sociedades construyan las mejores condiciones a fin de que se prevalezca siempre este principio, debido a que ello va a conllevar el crecimiento de la misma sociedad.

5. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DENTRO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.-

Como lo hemos expresado anteriormente el principio del Interés superior del niño es uno de los principios rectores, por ende, debe de ser valorado y respetado como tal, es por ello que dentro de los procesos de Restitución Internacional de Menores, la Autoridad Central y los Jueces para resolver los casos que se les presenten, deben de tenerlo en cuenta y hacerlo prevalecer siempre.

Dentro de este contexto, nos hacemos la siguiente pregunta:

¿Cómo aplicar este principio dentro del Proceso de Restitución Internacional de Menores?

El Proceso de Restitución se tramita dentro del proceso de urgencia, es por ello que cuando se presenten los casos de restitución, la Autoridad competente del

³² http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm

estado donde se encuentre el niño, debe de garantizar el interés superior del niño en todas sus actuaciones, razón por la cual, los trámites de restitución deben de realizarse en el menor tiempo posible.

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente dentro de los procesos de restitución, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectarse por la resolución de la autoridad judicial competente.

Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

6. CARACTERÍSTICAS.

Este principio por ser considerado el principio rector, se puede deducir las siguientes características:

- a) *Es un principio jurídico garantista*; y que tiene como finalidad resolver conflictos donde los niños se ven vinculados.
- b) *Es un principio delineado pero indefinido*; que necesariamente es objeto de interpretaciones diversas, tanto en el ámbito jurídico como social.

7. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.-

a. Según la Legislación Nacional:

En el Perú se aplica el Interés Superior del niño desde el reconocimiento de la Declaración de los Derechos del Niño y del Adolescente, así como por haber estado vigente desde 1962 a 1993, el Código de Menores.

Actualmente existen en el Perú normas vigentes que obligan a la aplicación de lo que más convenga al niño, las previstas en el Código Civil vigente desde 1984 y las previstas en el Código del Niño y del Adolescente.

Al ratificarse por el Perú la Convención de las Naciones Unidas en el mes de Agosto de 1990, entra a regir para favorecer el derecho de todos los niños del Perú, trayendo consigo paradigmas de protección a la infancia que excedían los límites reconocidos tanto por el derecho familiar como por el derecho de menores y su legislación.

b. Según la Convención:

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de "interés superior del niño". Es en este marco que

propongo analizar la noción del "interés superior del niño", fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Es preciso de desarrollar el las Funciones del Principio del Interés Superior del Niño dentro de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y del Adolescente.

8. FUNCIONES EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.-

La Convención Internacional sobre Derechos del Niño, en su artículo tercero contempla las siguientes funciones:

a. Carácter interpretativo.- Se dice que el artículo tercero es hermenéutico, debido a que permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. Estos derechos son interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

Asimismo permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En este contexto, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos" recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el "interés superior del niño" puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.³³

b. Prioridad de las políticas públicas para la infancia.-

El artículo tercero de la Convención proyecta al interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial, debido a que la satisfacción de sus derechos no quede limitada, ni se vean vulneradas por ningún tipo de consideración individual o colectiva.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario. Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos.

³³ http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

c. El interés superior del niño y las relaciones parentales.-

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la "evolución de sus facultades". Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres. Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es "que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención" de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior. El

Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

PRINCIPIOS PROCESALES

I. PRINCIPIO DE CELERIDAD

1. DEFINICIÓN.-

(Zumaeta Muñoz, Pedro, 2014) El Principio de Celeridad está íntimamente ligado al Principio de Economía Procesal, por cuanto tiene que ver con el tiempo, la perentoriedad o la improrrogabilidad de los plazos o el impulso de oficio del juez³⁴.

Se refiere a que los actos procesales deberán realizarse en el menor tiempo posible respetando las normas del Debido Proceso; es la expresión más concreta del ahorro de tiempo en forma razonable, acorde con los principios procesales y la normatividad procesal.

“El principio de celeridad es la manifestación concreta del principio de economía procesal por razón de tiempo”. El principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso.

“El principio de celeridad coadyuva a la celeridad en el trámite, procura que el proceso avance de manera rápida pero segura (sin violentar garantías mínimas) y

³⁴ Pedro, ZUMAETA MUÑOZ. “Temas de Derecho Procesal Civil Teoría”, Jurista Editores E.I.R.L. 2da ed. Lima-Perú 2014

que no se detenga por ninguna circunstancia, es por ello que se señala que este principio se manifiesta a través del principio de economía procesal. En donde gobierne la celeridad procesal responsable se encuentra garantizada la emisión de una sentencia oportuna”³⁵.

2. CARACTERÍSTICAS.-

Dentro de este proceso podemos encontrar las características siguientes:

2.1. Simplicidad: debido a que el proceso debe de ser los más sencillo posible, para que se cumpla en el menor lapso posible.

2.2. Ahorro de tiempo: Por lo que se debe de resolver en el menor tiempo posible.

II. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

1. DEFINICIÓN.-

El Principio de Economía Procesal hace referencia al ahorro de tiempo, gastos y esfuerzo dentro del proceso³⁶.

El principio de economía procesal tiene como objeto el lograr “un proceso, ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento”. “El principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas en sus actos”.

³⁵ Martin HURTADO REYES, “Fundamentos de Derecho Procesal”, IDEMSA, Lima Perú, pag.166

Finalidad de este principio es que se evite por actos innecesarios se pretenda dilatar el procedimiento.

2. CARACTERÍSTICAS.-

De la definición se desprende las características de este principio, y estas son:

2.1.Tiempo: Debido a la urgencia de acabar lo más pronto con el proceso sin que estos se dilaten. El proceso debe de ser ni tan lento, ni tan expedito.

2.2.Gasto: Los costos ni las desigualdades económicas deben de ser obstáculos para recurrir al órgano jurisdiccional para que se hagan valer sus derechos.

2.3.Esfuerzo: Concretar los fines del proceso evitando realizar actos innecesarios dentro del proceso, buscando llegar a la solución del conflicto, pero con el esfuerzo, mediante una simplificación de tiempo y esfuerzo.

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.-

La aplicación de ambos principios dentro de los procesos de restitución internacional de menores, tienen mucha importancia, debido a que su aplicación, harán cumplir los plazos establecidos dentro de la Convención, preservando con ello cumplir el fin que tiene la Convención, porque está en tela de juicio la estabilidad física, psicológica y emocional de los menores, ya que desarraigarlos del lugar de origen genera consecuencias que van a influir dentro de su persona.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

1. UNIDAD DE ANÁLISIS

La concurrencia de Procesos de Restitución internacional de Menores y la Tenencia, para evitar transgredir los Principios Procesales.

2. TIPO DE ANÁLISIS

1.1. Por su Finalidad

Descriptiva, porque la investigación describe de modo sistemático las características de la diferenciación entre el Procesos de Restitución y Tenencia, recogiendo los datos sobre la base de una hipótesis, exponiendo y resumiendo la información de manera cuidadosa, llegando a analizarse minuciosamente los resultados, a fin de que se evite demoras en los Procesos de Restitución.

3. MÉTODOS.-

3.1. MÉTODO LÓGICO:

- a. **Deductivo:** Se identificará y analizará el Proceso de Restitución Internacional de Menores de manera general para llegar a lo específico y particular; asimismo se identificará cuáles son los parámetros diferenciadores entre el Proceso de Restitución Internacional de Menores con el Proceso de Tenencia de menores, identificándolos y determinándolos para efectos de resolver el problema.
- b. **Analítico:** Porque se analizará las diferentes Instituciones jurídicas: Proceso de Restitución Internacional, de Tenencia, Principios: del Interés Superior del Niño, Celeridad y Economía Procesal.

3.2.MÉTODO JURÍDICO:

- a. **Exegético:** Se empleó este método de investigación, a fin de interpretar la normatividad Nacional y las normas del Derecho Comparado referente a los Procesos de Restitución Internacional de Menores y su aplicación en estos procesos y en la Tenencia.

4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

4.1.TÉCNICAS:

- 4.1.1. **Fichaje:** Ayudará recolectar y almacenar información más importante, ya sea de libros, revistas, internet, etc.
- 4.1.2. **Análisis de Contenido:** Analizará la eficacia del contenido de la información; asimismo me ayudará a realizar una descripción objetiva y sistemática.
- 4.1.3. **Observación:** Con la ayuda de los sentidos se consultará libros, revistas y páginas web, que ayudaran a complementar la información.

4.2.INSTRUMENTOS:

- 4.2.1. **Fichas:** Utilizaré la ficha textual (extraerá ideas de autores más resaltantes), ficha resumen (síntesis de lo investigado) y ficha hemerográfica (información extraída de revistas o periódicos)
- 4.2.2. **Protocolo de análisis:** Utilizaré este instrumento porque serán los pasos del desarrollo de la investigación.

5. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Para recoger la información necesaria para el desarrollo de esta investigación, se siguió el procedimiento siguiente:

Primer paso: Se buscó información respecto al tema en el internet y en las diferentes bibliotecas de la ciudad, aplicando la técnica de la observación, procediéndose a fotocopiar la información.

Segundo paso: Se utilizó la técnica del fichaje, la cual me ayudó a ordenar la información la cual me sirvió para la elaboración del marco teórico, asimismo se recopiló información de jurisprudencia extranjera.

Tercer paso: Se analizaron las Convenciones Internacionales respecto a los Procesos de Restitución Internacional de Menores.

6. DISEÑO DE PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

➤ **Capítulo I:** Denominado El Problema.

Este capítulo está referido a aspectos introductorios de la Investigación, tales como la Realidad Problemática, Formulación del Problema, Hipótesis, Variables, Objetivo General y Específicos y la Justificación a la Investigación.

➤ **Capítulo II:** Denominado Fundamentación Teórica

Este capítulo contiene los antecedentes, es decir trabajos realizados sobre el tema; asimismo contiene el Marco Teórico, el cual está dividido de la manera siguiente:

- Título I: La Familia
- Título II: Proceso de Restitución Internacional de Menores

- Título III: La Restitución de Menores en el Perú
- Título IV: Proceso de Tenencia de Niños y Adolescentes
- Título VI: Principio del Interés Superior del Niño; Principio de Celeridad y Economía Procesal

➤ **Capítulo III:** Denominado Metodología

En este capítulo se especifica la Unidad de Análisis, así también encontramos el tipo de investigación; métodos, técnicas e instrumentos; técnicas de recolección; diseño de procesamiento y análisis de datos; diseño de presentación y diseño de investigación.

➤ **Capítulo IV:** Denominado Resultados y Discusión

En este capítulo se presentan los resultados de la investigación, así como la posterior recolección de datos mediante la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Y por último se establecen las conclusiones y recomendaciones

CAPITULO IV

RESULTADOS Y

DISCUSIÓN

SUBCAPÍTULO I

IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

En los Procesos de Restitución Internacional de Menores y el Proceso de Tenencia, en los cuales se ve involucrado un niño y/o adolescente, es muy importante el poder escuchar su opinión, debido a que muchas de las veces un niño ya puede decir con quien quiere vivir o estar.

El Principio rector que deben de tener en cuenta las autoridades centrales y/o magistrados que resuelven asuntos concernientes a menores de edad, es el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, estando consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, debido a que en la toma de decisiones por parte de la Autoridad Central, es el escuchar el parecer del niño afectado, en el caso de los secuestros o sustracciones ilícitas, calificando al niño y/o adolescente como un sujeto de derecho, aplicando entre diferentes estados el principio del Interés Superior del Niño, debido a que los niños no son propiedad de ninguno de los progenitores y además se les debe de escuchar en la medida de sus facultades estén suficientemente desarrolladas.

La doctrina refiere que cuando en un proceso de separación, los padres siempre se pelean por la tenencia del menor, y en esa pelea ellos no miden el daño psicológico que ocasionan al menor, interponiendo demandas para obtener la tenencia del menor, agravando la situación del hijo en disputa, es por ello que es una ardua tarea para las autoridades evaluar psicológicamente a los progenitores y al menor a fin de otorgarlo la custodia del menor, determinando la veracidad o falsedad de las denuncias, pero no demorando en el trámite, debido a que estos procesos de Urgentes.

PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

Por ello es muy importante tener claro el procedimiento que se debe de seguir en los casos de Restitución de Menores, toda vez que la decisión que emita la autoridad central va a depender el futuro y la vida del menor, es decir que si un juez falla otorgándole la custodia del menor a un padre que no le va a cuidar, ni va a velar porque se cumplan sus derechos y obligaciones del menor, se verá truncado la vida de ese menor, teniendo como consecuencia niños rebeldes, delincuentes, pandilleros y resentidos sociales, debido a que muchos de ellos pueden sufrir agresiones. No es lo mismo un menor viva en su lugar habitual de su residencia, que llegar a vivir a un hogar nuevo, a un país diferente al de su origen. Al progenitor que se le otorga la custodia del menor debe de velar por el Interés Superior del Niño y del Adolescente.

La Autoridad Central, al resolver los casos de Restitución Internacional de Menores, debe de fijar necesariamente un régimen de visitas para el otro padre que no obtuvo la custodia, siempre teniendo en consideración lo más beneficioso para el niño y/o Adolescente, salvaguardando el Principio de Celeridad y Economía Procesal, pero siempre la autoridad central debe de estar pendiente de las visitas, debido a que el otro progenitor puede manipular al menor a su favor y dañarlo psicológicamente.

Por ello en un Proceso de Restitución, el operador jurisdiccional deberá evaluar tanto a los padres como al niño, niña y Adolescente, teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales y todos los medios probatorios que se hayan ofrecido en la demanda oportunamente.

SUBCAPÍTULO II

PARÁMETROS DIFERENCIADORES QUE INFLUYAN EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y TENENCIA

Los traslados ilícitos de menores de edad, que se dan por uno de los padres, se dan a fin de obtener la custodia del menor, violentándose la situación preestablecida en el Estado de su residencia habitual.

Ante ello el Convenio Internacional de la Haya, trata de un traslado de un menor fuera del entorno habitual, encontrándose el menor bajo el cuidado y responsabilidad de una persona que ejercía el derecho legítimo de custodia

El Principio de inmediatez en la acción restitutoria del menor de edad.

No se puede desconocer que en la mayoría de los traslados ilícitos de menores por parte de uno de sus padres, se hace a través de vías de hecho para crear situaciones jurídicas nuevas ante la jurisdicción del Estado de traslado con miras a obtener de esa forma la custodia del menor. Violentando la situación preestablecida en el Estado de residencia habitual del menor.

Por ello el convenio trata de "un traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia."

En cuanto al sujeto activo de la sustracción (responsable del traslado), "confía en lograr de las autoridades del país al que el menor ha sido llevado, el derecho de custodia."

Esta abierta intencionalidad del traslado ilícito (obtener resoluciones judiciales o administrativas artificiales en el Estado de refugio), debe ser confrontada mediante mecanismos internacionales de acción inmediata.

Por ello el artículo 1 y 2 de Convenio hacen relación a la "restitución inmediata" y adoptar "Procedimientos de urgencia" a los Estados contratantes.

SUBCAPÍTULO III: ANÁLISIS DE UN CASO

CASO 1:

Expediente : 183516-2003-00454

Demandado : Rita Jesus Flores Ticona

Demandante : Critian Carlos Enrique Suetegaray

Materia : Restitución

Décimo Sexto Juzgado Especializado de Familia de Lima

Fundamentos:

El demandante expone que su hija Ivana Gisel Ariana Suetegaray Flores nació dentro de su unión conyugal con la demandada, que la pareja se separó de hecho el once de agosto del 2001 y posteriormente el 02 de noviembre del mismo año, ambos padres homologan judicialmente ante la Autoridad Central Jurisdiccional competente de la provincia de Córdoba, un acuerdo sobre guarda, cuota alimentaria, régimen de visita, autorización de viaje al Perú, desde el mes de diciembre del mismo año hasta el 28 de febrero del 2002, que venció el término de viaje de la madre, comunicó al demandante que ninguna de ellas regresaría a la República de Argentina, lugar de su residencia habitual de la niña, por lo que cumplido los trámites necesarios se ha interpuesto el pedido de restitución a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Argentina, Autoridad Central para efectos de la aplicación de la Convención, mediante solicitud recibida por su homóloga peruana el día 05 de febrero del 2003, presentando los fundamentos de derecho de su demanda y ofrece medios probatorios³⁷.

Tramitada la causa con arreglo a las normas pertinentes de La Convención, teniéndose como fuente supletoria el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Procesal Civil, se admitió la demanda el 03 de julio del 2003, corriéndose traslado a la demandad con conocimiento del Ministerio Público.

³⁷ PODER JUDICIAL PERÚ, Restitución Internacional de Menores, Lima Perú:<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f2b7ed8046e7ac06b72cf7c468ec4e86/Tema+N%C2%B0+5.+Restituci%C3%B3n+Internacional+de+Menores.pdf> (pag.65)

Por su parte la demandada solicita se declare infundada la demanda, debido a que la niña cuya restitución se solicita es peruana, por haber sido inscrita en el Consulado del Perú de la ciudad de Córdoba.

Dándose por absuelto el traslado se citó a audiencia única, dándose en dos sesiones los días 23 y 27 de julio del 2003, por lo cual se llamó a una conciliación, pero no se determinó, se recabó el Dictamen Fiscal correspondiente, quedando la causa expedita para dictar sentencia, dictándose la sentencia el 01 de marzo del 2004, disponiendo la restitución inmediata de la menor a la República Argentina, en el proceso de Restitución de menores.

Discusión de resultados del caso:

En el análisis del caso en concreto, se puede visualizar que se ha planteado la Restitución internacional de la menor, a fin que se retorne al lugar de su residencia habitual, es decir Argentina, Provincia de Córdoba, estando retenida en Perú, en esta sentencia emitida, se visualiza en primer lugar que no se ha respetado el plazo de 45 días que establece la Convención de la Haya, para resolver este caso, incumpléndose con el principio de celeridad procesal y transgrediéndose el Interés Superior del Niño. Asimismo la Autoridad Central y/o Autoridad competente en lugar de analizar si corresponde la restitución del menor, se comienza a ver una disputa legal en la que se analizan cuestiones de fondo vinculadas a la decisión de la tenencia, lo cual alarga los plazos y dilatando el proceso y cuando ya se pretende resolver, los daños que se han causado al menor son irreparables (PODER JUDICIAL PERÚ, Restitución Internacional de Menores).

Este análisis del caso en concreto, afirma la investigación, la cual tuvo como objetivo establecer los parámetros diferenciadores entre los Procesos de Restitución Internacional de Menores con los Procesos de Tenencia, con la finalidad de esclarecer y acelerar los procesos de Restitución Internacional de Menores, siguiendo el procesos de identificación y determinación de los parámetros y factores que emplean los jueces de familia para el establecimiento de los pedidos de restitución, se han analizado casos de Restitución de menores y Tenencia, observándose que el tiempo que se emplean en cada uno de ellos es diferente, así también las solicitudes de restitución no se dan en el plazo establecidos en las Convenciones y los criterios o circunstancias fácticas, debido a que para la resolución de estos casos hay intervención de muchos factores, debido a que los padres

constantemente vienen alegando distintas circunstancias de los hechos, que hacen que las autoridades se retarden en la resolución del caso en específico, no pudiéndose cumplir a cabalidad con el plazo establecido.

Así también la técnica del fichaje, ayudó a recopilar y ordenar la información dada por la doctrina, debido a que después de haber realizado una búsqueda amplia sobre la Restitución Internacional de menores, he podido observar que existe poca información del tema y que muchas de las veces las Convenciones con las que se son resueltas estos tipos de casos no se conocen a cabalidad, es por ello que si hay un desconocimiento de la legislación o por el contrario hay una mala interpretación en la norma, no se va a resolver con efectividad los casos.

De los resultados obtenidos, se concluyó que los factores tomados en consideración para la atribución de la restitución principalmente deben abarcar las siguientes características:

1. Edad del menor: debido a que este factor actúa mayormente a favor de las madres en aplicación al inciso b del artículo 84 del Código del Niño y del Adolescente.
2. Interés superior del niño: debido a que este el principal principio que debe de primar en las autoridades, ya que estos menores son sujetos con derechos y deberes.
3. Lugar de su residencia habitual: debido a que este el ambiente que el menor conoce y apartarlo de su lugar de origen es cambiarlo de vida por completo, debido a que muchas de las veces el menor no se acostumbra a otro lugar distinto al que ya conocía.
4. Principio de Celeridad y Economía Procesal: debido a que se encuentra en tela de juicio intereses de niños, que no pueden encontrarse trasladándose o escondiéndose de un lugar a otro.
5. Tiempo de convivencia: este también sería un factor importante, debido a que a veces uno de los progenitores más se dedica al trabajo y solo uno de los padres es el que cuida y vela por la seguridad del menor cuando ellos están viviendo en el hogar, pero la desavenencia se presenta cuando ya están separados, porque hasta por venganza es que se pelean por los menores y no porque lo quieren tener o cuidar al menor, es por ello que el Juez es quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación presentada, en cada ruptura y decidir conforme a este interés, a quien otorga la custodia o patria potestad del menor.

Por último un objetivo central del Convenio es el de garantizar vínculos familiares tan esenciales como el derecho de custodia y visita de ambos cónyuges. El Convenio establece con toda claridad que no es su objetivo el pronunciarse sobre la validez legal del derecho de custodia de los progenitores sino el restituir las condiciones originales antes del traslado ilícito. La garantía sobre la validez universal del derecho de custodia y visita va íntimamente relacionado con el interés superior del niño, ya que el Convenio centraliza sus decisiones ante la situación fáctica del menor: Su residencia habitual y decidir bajo la consideración de sus mejores intereses.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

1. HIPÓTESIS:

SI, ES NECESARIO ESTABLECER PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES CON EL PROCESO DE TENENCIA, PORQUE VAN A EVITAR TRANSGREDIR EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y VAN A PERMITIR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.

2. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN:

2.1. Esquema:



2.2. Contrastación:

A	B
<i>PARÁMETROS DIFERENCIADORES ENTRE EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES CON EL PROCESO DE TENENCIA</i>	<i>EVITA TRANSGREDIR EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y VAN A PERMITIR LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.</i>

Acepto mi hipótesis.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

Dadas las diferencias entre el Proceso de Restitución de Menores y la Tenencia, es primordial que cuando se presentan estos casos sean analizados cada uno de ellos de acuerdo a la naturaleza misma del proceso, debido a que un Proceso de Restitución es tramitado mediante la vía del proceso de Urgencia, por lo cual se ha propuesto una metodología técnica jurídica orientada a otorgar herramientas al Juez que evalúe el procedimiento que se viene utilizando para resolver estas solicitudes.

SEGUNDA:

La Restitución de Menores, es un procedimiento en el que se solicita se retorne al menor a su Residencia Habitual, entendiéndose que la Residencia habitual no es el lugar de nacimiento, ni de los padres, ni de los menores, sino es el lugar donde el menor tenía una vida habitual y van a verse ligados íntimamente a los Procesos de Tenencia, pues allí radica la importancia de que el Juez identifique ambos procesos, a fin de evitar posibles daños irreparables para el menor.

TERCERA:

El tener secuestrado y/o retenido a un menor fuera del lugar de su residencia habitual no solo implica un perjuicio para el menor de edad, sino también supone el rompimiento de la unión familiar de él con sus progenitores, pues esta actitud del padre que lo retiene no solo destruye a su hijo sino que también se dirige a dañar a su ex pareja y a la familia.

CUARTA:

Después de haber analizado la Convención de la Haya y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores dándose a conocer estas convenciones, es por ello que cuando las autoridades resuelvan estos pedidos siempre debe de primar el Interés Superior del niño, el cual abarca necesidades básicas, en las cuales sus padres o tutores les brinden afecto, comprensión pautas morales y emocionales, los cuales ayudaran a desarrollo de su personalidad.

QUINTA:

Sobre las bases legislativas en materia del procedimiento y tramitación de los pedidos de Restitución Internacional de menores, proponemos que se dé un trámite urgente, es decir un procedimiento rápido, con una duración no mayor a seis semanas, garantizando el debido proceso, en especial el derecho de defensa de los intervinientes, así como los derechos del niño, niña y adolescente, a ser oídos, llegándose a restituir al menor al lugar de su residencia habitual.

SEXTA:

Para la resolución de los casos de Restitución, debe de existir tanto entre las autoridades centrales y los jueces una interconexión más fluida y cercana posible, para que con ello se desarrolle los casos con eficiencia, evitando la manipulación mediática de los supuestos de sustracción internacional de menores, es por ello que en el Perú debe de existir un órgano especializado para resolver los supuestos de restitución y/o sustracción internacional de menores, así como se debe de instaurar redes nacionales de cooperación internacional que presten apoyo al juez nacional para la resolución de estas solicitudes.

RECOMENDACIONES

Proponemos la aplicación de una metodología técnica jurídica orientada a resolver con eficiencia y rapidez los Procesos de Restitución, estableciendo parámetros que van a diferenciar del Proceso de la Tenencia, otorgando herramientas de diagnóstico para la tramitación y resolución urgente en las Autoridades Centrales.

A continuación presentaremos algunos puntos clave que coadyuvan a resolver los Procesos de Restitución:

- En el ámbito judicial los factores determinantes para resolver los casos de Restitución y que los jueces deben adoptar es hacer prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, los cuales permitirán la aplicación del Principio de Celeridad y Economía Procesal, por tanto los casos de restitución de menores deben ser evaluados de acorde con la realidad del menor, debido que el factor tiempo es predominante en estos procesos, porque si ya pasa el tiempo y no se retorna al menor, este puede arraigarse al Estado en que está residiendo y con ello no se podría efectuar la Restitución del Menor.
- Se recomienda a los Jueces Especializados en Familia, quienes serán los que resolverán los casos, estar debidamente capacitados sobre el proceso y tener en consideración que para resolver estos procesos deben de evaluar siempre la situación del menor, debido que el Proceso de Restitución es diferente del Proceso de Tenencia y no deben ser resueltos como si fuera un mismo proceso, por lo que se deberá tramitar como un Proceso Único en la vía del Proceso Sumarísimo.
- El Principio del Interés Superior del Niño, comprende, según diversos estudios, que dispone de mecanismos más efectivos de protección de los derechos de los

niños, en la medida en que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos, por lo que los magistrados deberán aplicar la discrecionalidad, razón por la que se debe reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, que comprenden su desarrollo integral difiriendo de su edad.

- Asimismo, conocedores de las consecuencias que acarrea el alargar la resolución de los Procesos de Restitución que se han descrito en la parte doctrinaria y jurisprudencia, opinamos que debe aprobarse una Ley que establezca las consecuencias jurídicas correctivas y sancionatorias que deben aplicarse al progenitor, a fin de resolver en el menor tiempo posible y bajo los principios de economía y celeridad procesal.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Artículo 1:

La presente Ley regula el tratamiento especial que debe de recibir el Proceso de Restitución Internacional de Menores, a fin de que se resuelvan en el menor tiempo posible.

Artículo 2:

Se define al Proceso de Restitución Internacional de Menores como un procedimiento autónomo de cooperación mutua entre los Estados, cuya finalidad es efectivizar el retorno del menor al Estado de su residencia habitual del que fue trasladado o retenido ilícitamente por uno de los progenitores, ocasionándole con ello la violación de los derechos de guarda y custodia del menor.

Artículo 3:

Los actos que resuelven los Procesos de Restitución, son tipificados dentro del Código del Niño y del Adolescente, por lo que deberá resolverse de acuerdo al Código Procesal Civil, resolviéndose como un Proceso Único.

Artículo 4:

El plazo para resolver los Procesos de Restitución no debe de exceder de los 45 días, tal como lo establece la Convención, resolviéndose como proceso Único, el cual debe ser rápido, garantizando el Debido Proceso, salvaguardando el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y conduciéndolo a restituir al menor al lugar de su residencia habitual, sin indagar en los derechos de custodia o tenencia y de visita de los progenitores.

Artículo 5:

Los actos contenidos en la presente ley, serán sancionados de acuerdo al artículo 147° del Código Penal, por la sustracción del menor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS MATERIALIZADOS:

A. BORDA, Guillermo. “TRATADO DE DERECHO CIVIL”, 9º EDICION, Buenos Aires: Editorial PERROT.

BASADRE AYULO, Jorge. “TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”. 1º EDICION. Lima-Perú: Jurista Editores E.I.R.L., 2003.

BELOFF, Mary. “LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO”, Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2004

DE LA ROCHA GARCIA, Ernesto. “los menores de edad en el derecho español”. Granada: Editorial Comares, 2000

CHUNGA LAMONJA, Fermin G. “COMENTARIOS AL CÓDIGO DEL NIÑOS Y DEL ADOLESCENTES”, Editora FECAT.

FLORES RODRIGUEZ, Raúl. “DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL, COMENTARIOS A LAS NORMAS PERTINENTES DEL CÓDIGO CIVIL Y PROCESAL CIVIL”, Trujillo-Perú: Universidad Privada Antenor Orrego, 2006.

GALLEGOS CANALES, Yolanda; JARA QUISPE, Rebeca S. “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, EDICION Enero, 2014, Lima-Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

GARAY MOLINA, Ana Cecilia. “CUSTODIA DE LOS HIJOS CUANDO SE DA FIN AL MATRIMONIO: TENENCIA UNILATERAL O TENENCIA COMPARTIDA” Lima, Perú: Editorial Grijey, 2009.

GOICOCHEA, Ignacio, “ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES”, en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 30. Derecho de Familia, Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis, 2005.

KAMADA, Ernesto Luis. “RESTITUCIÓN DE MENORES”, República Argentina: Ediciones Universidad Católica de Santiago de Estero, 2003.

MALLQUI REYNOSO, Max; MOMETHIANO ZUMARETA, Eloy. “DERECHO DE FAMILIA”, Lima: San Marcos

MORALES GORDO, Juan. “FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, 1° EDICIÓN, Lima – Perú: Editorial IDEMSA, 2009

OSSORIO, Manuel. Diccionario de la Real Academia Española. Lima - Perú. Editorial Heliasta S.R.L., 2010

PLACIDO V, Alex F. “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 2° EDICIÓN, Lima: Gaceta Jurídica, 2002

PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. “DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL”, 4° EDICION, Lima-Perú: IDEMSA, 2008

RENTERIA DURAND, Margarita. “ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAD SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO” Rol del Ministerio Público, Editorial Comunicarte srl.

R.F. JARECCA. “COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y CÓDIGO DEL NIÑOS Y DEL ADOLESCENTES”, Lima: Universidad Mayor de San Marcos.

VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. “DIVORCIO, FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD”, Editorial Grijley E.I.R.L., 2004

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; CUENCA CASAS, Matilde. “TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA”, Ed. Thomson Reuter.

MEJIA SALAS, Pedro. “TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS”, Perú, 2007

ZANON MASDEU, Luis. “GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS”, Bbarcelona: Editorial BOSCH

ZUMAETA MUÑOZ, Pedro. “TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”, 2º EDICIÓN, Lima: Jurista Editores, 2014

LEGISLACIÓN

CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO.

INFORMACIÓN DESMATERIALIZADA

<http://www.eumed.net/rev/cccss/23/restitucion-internacional-menores.html>

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html>

<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/scotti-las-garantias-fundamentales.pdf>

<http://www.uba.ar/download/investigacion/resumenscotti.pdf>

<https://prezi.com/ykqwmpvyflwa/presentacion-tesis-la-restitucion-de-menores-de-edad-en-la-republica-dominicana-en-el-marco-del-derecho-internacional/>

<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28>

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-inter%C3%A9s-superior-del-menor-en-el-derecho-internacional-privado>

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3261/6.pdf>

http://www.mimp.gob.pe/portalmimp2014/index.php?option=com_content&view=article&id=155&Itemid=300

<http://resultadolegal.com/caso-practico-sobre-secuestro-internacional-de-menores/>

<http://institutointernacionalprivado.blogspot.pe/2009/10/restitucion-internacional-de-menores.html>

<http://www.quaini.com/es/restitucion%20internacional%20de%20ni%C3%B1os>

<http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&id=4&id2=2&lng=3>

https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustracci%C3%B3n_Internacional_de_Menores

http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores.pdf

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/5/pr/pr11.pdf>

<https://prezi.com/ykqwmpvyflwa/presentacion-tesis-la-restitucion-de-menores-de-edad-en-la-republica-dominicana-en-el-marco-del-derecho-internacional/>

<http://www.villaverde.com.ar/es/publicaciones/el-interes-superior-en-la-sustraccion-internacional-de-ni-as-ni-os-y-adolescentes/>

<https://www.youtube.com/watch?v=bQ8GgfbjNGE>

http://www5.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_1_ES.pdf

<http://www.eumed.net/rev/cccsc/23/restitucion-internacional-menores.html>

http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tc_tratados_interamericano.php