

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

Lima, diez de enero
de dos mil diecisiete.-

VISTOS; con el acompañado; y, **CONSIDERANDO:**

I.- MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta, la sentencia de fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento sesenta y dos, expedida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Ica, ***que inaplica para el presente caso el artículo 84 inciso c del Código de los Niños y Adolescentes.***

II.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

2.1 Como sustento de la demanda, señala la actora Pily Gaby Muñoa Ancaya que de su unión convivencial con el demandado Maurice Fox Villegas nació su menor hijo Artreyu Indra Patricio Fox Muñoa; que las constantes discordias e incompatibilidades hizo que se retirara voluntariamente del hogar el treinta de enero de dos mil doce, llevándose a su hijo. Sin embargo, en noviembre de dos mil doce, sorpresivamente el demandado se llevó a su hijo a la ciudad de Arequipa, frustrando sus estudios primarios. Precisa la demandante que, el demandado padece de esquizofrenia y está en tratamiento en el Centro de Salud Mental “Moisés Heresi” de Arequipa; añadiendo que, no tiene otra obligación más que con su menor hijo Artreyu Indra Patricio Fox Muñoa quien por su corta edad necesita amor y protección de sus padres, pero lamentablemente el ahora demandado se ha desentendido de sus obligaciones.

2.2 Añade la demandante que puede acreditar que cuenta con capacidad tanto moral y material para poder asumir la tenencia del menor, en consecuencia solventar los gastos para el desarrollo del niño. En ese sentido, precisa la actora, que su hijo se encuentra viviendo con ella y el padrastro, y va al colegio; en cambio, cuando el niño vivía con su padre, este último lo

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

golpeaba con una raqueta de tenis de juguete; la casa se encontraba en desorden, había basura, su madrastra quería botarlo de la casa; no lo enviaban al colegio; su papá lo insultaba, le decía que iba a estudiar cuando fueran a Chile; y además lo llevaba en una motocicleta desde Arequipa a Mollendo; luego a Ilo hasta Tacna; finalmente, el niño terminó en un albergue.

2.3 Refiere la actora, que el demandado padece de esquizofrenia y está en tratamiento en el Centro de Salud Mental “Moisés Heresi- Arequipa”; siendo su médico psiquiatra el doctor José Alvarado Aco (C.M.P. 14051-RE.9805).

III. SOBRE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE CONSULTA

3.1 El control difuso consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso concreto- una norma legal o infralegal incompatible con la Constitución Política del Estado. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

3.2 El inicio del control difuso en el derecho constitucional se remonta a la sentencia del juez norteamericano John Marshall en el caso *William Marbury versus James Madison* (5 U.S. 137) de mil ochocientos tres, cuando el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América inaplicó, para el caso concreto, la *Judiciary Act* de mil setecientos ochenta y nueve por considerarla contraria a lo establecido en la Constitución Federal de mil setecientos ochenta y siete. A esta técnica se le conoce como *judicial review*⁽¹⁾.

¹ Cfr., entre otros, García Belaunde, Domingo. “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema”. Ponencia del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

3.3 En lo referente a la recepción peruana de esta técnica jurisprudencial norteamericana, aún cuando se enuncia en sentido negativo, la Constitución de la República Peruana de mil ochocientos cincuenta y seis, estableció en su artículo 10: *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”*. A la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis le siguió la Carta de mil ochocientos sesenta, que no recogió esta específica previsión. Posteriormente, acaso ante la ausencia de una norma constitucional, el Código Civil de mil novecientos treinta y seis en el artículo XXII del Título Preliminar señaló que: *“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”*. Finalmente, ya en el plano constitucional, la Constitución Política del Perú de mil novecientos setenta y nueve estableció en su artículo 236: *“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”*.

3.4 La potestad jurisdiccional del ejercicio de control difuso se encuentra actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, en los términos siguientes: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

3.5 Por mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, de conformidad con el artículo 236 de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve², cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Como puede observarse, la Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolla en el citado artículo lo previsto en el texto fundamental y establece que el ejercicio del control difuso se dará no solamente en cualquier proceso, sino

² Ahora artículo 138 de la Constitución Política de 1993.

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

también será efectuado por todo Juez de cualquier especialidad. Precisa además esta norma que: *“En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece”*, lo que tiene que ver con las características básicas del control difuso.

3.6 Si bien todo juez tiene la potestad y el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad normativa, en tanto es el defensor de la Constitución Política del Estado, no es menos cierto, que nuestro ordenamiento jurídico ha confiado en la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, y solamente en ella, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional del control difuso practicado pueda resultar constitucionalmente admisible o no. De este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un Juez no necesariamente especialista en materia constitucional, y, en segundo término, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

3.7 Ello ha quedado claramente establecido en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala: *“Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra estas no quepa recurso de casación”*. Por lo tanto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre la constitucionalidad material del ejercicio del control difuso realizado por cualquier juez en todo tipo de proceso y en cualquier etapa de este.

3.8 Además de lo anotado, el Código Procesal Constitucional ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar: *“Cuando exista*

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución". De esta manera, le exige al juez que el ejercicio del control difuso a efectuar sea practicado, en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento; y que, además, emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado "*interpretación conforme a la Constitución*" que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad. Como se desprende de lo anterior, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, al momento de revisar la constitucionalidad por la aplicación del control difuso de parte de cualquier juez, y entre otros criterios o principios de interpretación, también habrá de seguir las pautas establecidas sobre la materia en el Código Procesal Constitucional.

3.9 Este contexto normativo permite concluir que, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, confiándole a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional resulte constitucionalmente admisible o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional; y, en segundo término, uniformizar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA MATERIA DE LA CONSULTA

4.1 El juez precisa que el niño se encuentra viviendo bajo la tenencia de su madre, quien lo recuperó en la ciudad de Arequipa donde fue albergado por el

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - Inabif, por encontrarse en situación de riesgo; precisando que si bien es cierto conforme al artículo 84 literal c) del Código de los Niños y Adolescentes debe fijarse un régimen de visitas a favor del padre que no obtenga la tenencia; también es cierto, que debido al estado de salud del demandado que padece de esquizofrenia paranoide, ***por ahora no es posible conceder un régimen de visitas porque se afectaría el derecho a la integridad del niño, reconocido por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado; y lo pondría nuevamente en riesgo, prevaleciendo este último derecho en aplicación del principio del interés superior del niño reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.***

4.2 El *A quo* señala que conforme al acta de nacimiento de fojas cuatro, el niño Artreyu Indra Patricio Fox Muñoa nació el veinticuatro de abril de dos mil cinco, por lo que a la fecha cuenta con diez años de edad, siendo sus padres Maurice Fox Villegas y Pily Gaby Muñoa Ancaya quienes ostentan la patria potestad; precisa además, que conforme al Informe Social de fojas ochenta y dos a ochenta y tres se informó que el niño citado fue llevado a un albergue por encontrarse en peligro por cuanto su mismo padre lo había abandonado; señala que en el Informe Social de fojas ochenta y siete a noventa realizado en el domicilio de la demandante se verifica que vive con su conviviente, con quien ha procreado un hijo, que el conviviente tiene a su cargo el aspecto económico, mientras que la madre actora labora en eventos sociales, cocina y atiende invitados; el *A quo* deja constancia que la familia se ha mudado para que el niño supere las experiencias traumáticas vividas junto a su padre, quien además de ser drogadicto es esquizofrénico.

4.3 Sostiene el juez de la causa que de los informes psicológicos de fojas ciento diez y ciento diecisiete se aprecia que la edad cronológica del niño no corresponde a su edad escolar; la madre se está esforzando por brindar a su hijo un mejor ambiente; concluyendo que es necesario realizar seguimiento al aspecto educativo del niño. Asimismo señala, que en el Informe Educativo de

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

fojas ciento cuarenta y siete a ciento cuarenta y ocho, expedido por el Director de la Institución Educativa Particular “Francisco de Paula Gonzales Vigil” se indica que el niño se encuentra matriculado y cursando el tercer grado de primaria, habiendo aprobado satisfactoriamente dicho año escolar, siendo su asistencia regular; no observándose faltas injustificadas en los dos años escolares que ha estudiado en dicha institución, apreciándose que sus calificaciones son aprobatorias.

4.4 Finalmente, el *A quo* señala que con lo actuado durante el proceso se ha acreditado que el niño se encuentra viviendo bajo la tenencia de hecho de su madre, quien luego de recuperarlo en la ciudad de Arequipa donde fue albergado por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - Inabif -*por encontrarse en situación de riesgo con el padre-* es ahora quien se encarga de él, bajo una adecuada relación materno-filial; razones por las cuales si bien conforme se dispone en el inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes debería fijarse un régimen de visitas a favor del padre que no obtenga la tenencia, considerando que conforme aparece del informe médico de fojas ciento quince expedido por la médico psiquiatra Maribel Chuquipalla Zamalloa de la Beneficencia Pública de Arequipa, al padre demandado se le diagnosticó esquizofrenia paranoide, habiendo sido internado hasta en cuatro oportunidades, sin embargo no acude a sus controles desde agosto de mil novecientos noventa y seis; más aún, que el psicólogo del equipo multidisciplinario a fojas ciento treinta y uno **concluye que por ahora no es posible conceder un régimen de visitas al padre; debiendo compulsarse el derecho del padre y del hijo a tener contacto; así como asegurar el derecho a la integridad del niño Artreyú reconocido por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política, que prevalece en aplicación del principio de interés superior del niño reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.**

V.- CONSIDERANDO:

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

PRIMERO: Esta Sala Suprema a fin de determinar si efectivamente existe un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, conflicto en el que además se vulnera derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Estado procede a efectuar la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** que sirve para solucionar un conflicto de derechos, siendo su objeto: *“el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*³. Al respecto, es mediante sentencia recaída en el Expediente N° 3873-2014 San Martín⁴, emitido por este Supremo Tribunal, donde se reitera que el referido test se encuentra estructurado en tres fases que comprenden: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En relación a ellos se indica que: ***“En primer orden, a través del examen de idoneidad, se evalúa el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional; es decir se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación medio-fin”***.

SEGUNDO: Seguidamente, solo superado este primer examen, corresponde acudir al **examen de necesidad** que comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal, que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio-medio. Por último, y solo en caso de superarse los juicios anteriores, corresponderá someter a la norma al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, donde se deberá realizar un juicio de

³ GRANDEZ CASTRO, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010, p 347.

⁴ Sentencia de fecha diecisiete de marzo de dos mil quince; en los seguidos por don Alfredo Sandoval Fernández contra doña Marjori Trujillo Guevara, sobre impugnación de paternidad (Considerando Noveno).

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal, que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, que a decir de Robert Alexy: *“cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*⁵.

TERCERO: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

3.1 En primer término, conviene precisar que en el Derecho de Familia Nacional y Comparado, ***uno de los principios fundamentales es el de protección especial del niño***, que fue enunciado por primera vez en la Declaración de Ginebra, sobre los Derechos del Niño; luego reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño; así también está contenido en el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. ***Este Supremo Tribunal de la lectura de dichos documentos de carácter internacional corrobora que los niños gozan de una protección especial sobre los demás seres humanos; lo cual a su vez abre un camino de oportunidades y garantías para que puedan desarrollarse física, mental, moral y espiritualmente en sociedad; reconociéndose de esta manera por los Estados, el derecho fundamental a la integridad de los niños.***

3.2 El Tribunal Constitucional en el Proceso N° 00325-2012-PHC/TC-ICA⁶, sostuvo al respecto:

“4. De allí que en los asuntos que afecten la vida familiar de un niño, en los

⁵ ALEXY, Robert “La fórmula del peso” “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010. P. 15.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, expedida el 29 de octubre de 2013; en los seguidos por don Luis Hernán Flores García, sobre hábeas corpus a favor del menor de edad de iniciales L. A. F. R., contra la madre del citado menor, doña Silvana Daniela Rojas Rojas y sus familiares don Richard Rojas, doña Gloria Rojas y don Daniel Rojas, con el objeto de que la madre demandada devuelva al referido menor al cuidado del recurrente, conforme a lo señalado en el acta de conciliación N.º 001-2011.

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

cuales existan intereses distintos y difícilmente conciliables como sucede en el presente caso, resulte importante que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal Europeo), el interés superior del niño tenga una consideración primordial en la búsqueda de equilibrar dichos intereses (caso Moretti y Benedetti c. Italia).

La no consideración del interés superior del niño en la toma de decisiones que incidan sobre su esfera jurídica, quebranta a su vez otro principio que nuestra Constitución consagra: el principio de protección especial del niño, cuyo fundamento constitucional radica en la especial situación en que los menores de edad se encuentran, esto es, en plena etapa de formación en tanto personas (STC 3330-2004-AA/TC).

En efecto, al establecer la Constitución en su artículo 4 que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”, “el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral” (STC 1817-2009-PHC/TC)”.

3.3 Conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, esta Sala Suprema coincide que en es un deber de los Estados y las Naciones velar por la vigencia de los derechos de los niños y adolescentes. En ese sentido, cuando se advierta la vulneración o riesgo del interés superior de aquellos, indudablemente se prefiere el interés superior del niño en defensa de sus derechos; más aún, que son los niños quienes se encuentran en una etapa altamente vulnerable, situación de desventaja a oponer resistencias o manifestar el rechazo ante la transgresión de sus derechos.

CONSULTA N° 13855-2016
ICA

CUARTO: DERECHOS DEL NIÑO A UNA FAMILIA, Y A CRECER EN UN AMBIENTE DE AFECTO Y DE SEGURIDAD MORAL Y MATERIAL.

4.1 *Ahora bien, el caso que se tiene a la vista implica además el estudio de dos derechos importantes: el derecho del niño a tener una familia y el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.* Sobre los temas citados, el Tribunal Constitucional en el proceso referido N° 00325-2012-PHC/TC-ICA⁷, sostuvo:

“El derecho del niño a tener una familia.

6. (...) En efecto, tal como lo ha establecido el Tribunal Europeo en el caso Buscemi c. Italia, la convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar. Y el disfrute mutuo de dicha convivencia constituye “una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella (...) derecho [que] se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, este es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros” (STC 1817-2009-PHC/TC).

7. Por lo expuesto, y como se desprende de la STC 1817-2009-PHC/TC, ***el niño que esté separado de uno o ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular (salvo que sea contrario al interés superior del niño). Es conveniente precisar que la obligación de respetar dicho derecho, contenida en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “no sólo debe ser cumplida por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad”⁸.***

Asimismo, conviene destacar que la ruptura del contacto de un niño pequeño con su padre puede conducir a una alteración creciente en la relación entre ambos y el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables sobre

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional citada.

⁸ Negrita y cursiva nuestra.

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

dicha relación, razón por la que las medidas dirigidas a reunirlos deben ser adoptadas rápidamente (Tribunal Europeo, caso Saleck Bardi c. España).

El derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

“8. Manteniendo esta orientación proteccionista de los derechos de los niños, este Tribunal reconoció que el niño tiene derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, conforme se encuentra establecido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual dispone que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material” (STC 1817-2009-PHC/TC).

Sobre la base de este derecho, se *“ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social” (STC 02892-2010-PHC/TC).*”

4.2 En consecuencia, esta Sala Suprema reafirma que ***la convivencia entre padres e hijos es un elemento fundamental de la vida familiar; a ello, añadimos que en el Perú tanto los textos legales como la Carta Fundamental han reconocido el derecho de los niños a una familia, y a una sana convivencia en el seno de la misma; siendo el Estado a través de sus diversas Instituciones y la Sociedad los llamados por el Ordenamiento jurídico los llamados a garantizar el resguardo de los derechos de los menores de edad (niños y adolescentes); su desarrollo psíquico, moral y físico de forma integral; en un ambiente donde se propicie el disfrute dicha convivencia.***

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

QUINTO: EXAMEN DE IDONEIDAD.

5.1 Con relación a la consulta de autos, ***pasamos a evaluar si la norma contenida en la disposición normativa inaplicada es el medio idóneo para la consecución del fin constitucional, esto es: garantizar los derechos del niño Artreyu a una vida familiar, a su protección integral; y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.***

5.2 Esta Sala Suprema verifica de los diversos documentos que obran en autos que:

5.2.1 Efectivamente el niño Artreyu se encuentra viviendo bajo la tenencia de su madre (demandante), quien lo recuperó en la ciudad de Arequipa por encontrarse en situación de riesgo y abandono, siendo acogido en dicha ciudad por el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar – Inabif.

5.2.2 Resulta relevante destacar que conforme al Informe Social de fojas ochenta y dos, el citado menor fue llevado a un albergue por encontrarse en peligro su vida y salud por cuanto su padre lo abandonó.

5.2.3 Se corrobora del informe social de fojas ochenta y siete que tanto la demandante como su conviviente laboran; que dicha pareja se ha mudado para que el niño Artreyu supere las experiencias traumáticas vividas junto a su padre, quien además de ser drogadicto es esquizofrénico.

5.2.4 Se aprecie de los Informes Psicológicos de fojas ciento diez y ciento diecisiete, que la edad cronológica del niño Artreyu no corresponde a su edad escolar; y que es necesario realizar seguimiento al aspecto educativo del niño; y del informe educativo de fojas ciento cuarenta y siete, se corrobora que el niño se encuentra matriculado y cursando el tercer grado de primaria, habiendo aprobado satisfactoriamente dicho año escolar, siendo su asistencia regular; no

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

observándose faltas injustificadas en los dos años escolares que ha estudiado en dicha institución, apreciándose que sus calificaciones son aprobatorias.

5.2.5 Se ha acreditado que el niño se encuentra viviendo bajo la tenencia de hecho de su madre, razones por las cuales si bien conforme se dispone en la norma inaplicada inciso c) del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, debió fijarse un régimen de visitas a favor del padre, considerando los medios de prueba que obran en autos, la norma inaplicada efectivamente no resulta ser idónea para el caso que se tiene a la vista; siendo contrario a los intereses del niño Artreyu fijar un régimen de visitas a favor del padre por cuanto evidentemente se pone en riesgo el derecho a la integridad del niño reconocido por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que prevalece en aplicación del principio de interés superior del niño reconocido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

5.2.6 Finalmente, cabe precisar que carece de objeto realizar los demás exámenes, por cuanto no se ha superado el de idoneidad de la norma para el caso que se tiene a la vista; en consecuencia, corresponde aprobar la consulta a fin de asegurar los derechos fundamentales a una vida familiar; a la integridad del menor; y, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, conforme se encuentra reconocido en los diversos textos nacionales e internacionales de protección a los menores para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad psíquica, física y social.

VI.- DECISIÓN

Por las consideraciones que preceden: **APROBARON** la sentencia consultada expedida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de

**CONSULTA N° 13855-2016
ICA**

Ica de fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento sesenta y dos, que **inaplica para el presente caso el artículo 84 inciso c del Código de los Niños y Adolescentes por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia**; en los seguidos por Pily Gaby Muñoa Ancaya contra Maurice Fox Villegas, sobre Tenencia de Menor; y, *los devolvieron*. **Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Vinatea Medina.**

S. S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mcc/bma/lrm