

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

Lima, siete de junio
de dos mil diecisiete.-

I. VISTOS;

I.1 Consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, el auto contenido en la resolución número 8 de fecha 21/09/2016, obrante a fojas 37 del cuadernillo, expedido por el Juez del Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, que declara fundada la solicitud de acogimiento familiar en familia no consanguínea presentada por Ana Cecilia Domínguez Narranjo.

I.2 Resolución elevada en consulta

La resolución es elevada en consulta en razón de la inaplicación via control difuso del artículo 10 de la Ley de Acogimiento Familiar, sustenta que la disposición citada establece que se otorgará el acogimiento previo dictamen favorable, y que en este caso el Ministerio Público ha opinado por la improcedencia del acogimiento bajo las consideraciones que: a) no existe un registro de familias acogedoras no consanguíneas debidamente evaluadas y capacitadas previamente en la ciudad de Cajamarca, que la solicitante no cumple tales requisitos; b) la solicitante no conforma un núcleo familiar y no cuenta con informe positivo del equipo multidisciplinario; c) los niños deben ser acogidos en familias que pertenezcan a la comunidad y cultura donde pertenece; d) no procede el acogimiento para lograr una adopción encubierta; e) solo procede acogimiento familiar de terceros con vínculo afectivo –padrinos, en la vía administrativa; que no comparte los extremos del dictamen debido a que: a) la exigencia no es razonable exigir cuando corresponde implementar al Estado; b) los informes del equipo multidisciplinario son favorables, observando el Ministerio Público por la recomendación de la psicóloga de tener en cuenta el estado civil de la solicitante, lo cual no es determinante para la formación de un hogar, caso de las familias monoparentales; c) la menor fue abandonada a

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

los días de haber nacido, no ha recibido visita alguna de familiares, por lo que es relativo la preferencia en familias de la misma identidad cultural, máxime que no hay otra familia que pueda acoger a la niña; d) es un caso de acogimiento familiar y no de adopción, y la solicitante ha declarado que no aspira a la adopción, y que entre la niña y la solicitante existe un vínculo afectivo adecuado que es favorable para la menor; e) la norma legal es inconstitucional y atenta contra la independencia del juez al exigir para disponer el acogimiento familiar que el dictamen fiscal sea favorable, vinculando al juez de asumir la postura del Fiscal aun no la comparta.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Sobre el Control Difuso

1.1 Para absolver la consulta es necesario fijar premisas previas, que se encuentran desarrolladas por esta Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Sentencia de **Consulta N° 1618-2016- LIMA NORTE**, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, que contiene **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE**¹:

1.1.1 El ejercicio del control difuso constituye un deber de los jueces en un Estado Constitucional de Derecho en el que se materializa la supremacía de la norma constitucional, acorde al mandato normativo del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución de preferir la norma constitucional en caso de incompatibilidad con una norma legal. Estando obligados los jueces a **preservar la primacía de la norma constitucional** en el ejercicio de la facultad jurisdiccional delegada por el artículo 138 de la Constitución.

1.1.2 Deben considerar la presunción de validez constitucional de las normas legales; sin embargo, de advertir alguna norma aplicable al caso concreto, que no admita interpretación conforme a la Constitución, procederán a realizar el control difuso, teniendo en consideración lo previsto en la norma del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del

¹ El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el carácter vinculante de la Doctrina Jurisprudencial de las Salas de la Corte Suprema, que fijan principios que son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales.

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, **el control difuso se ejercita en supuestos de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.**

1.1.3 El ejercicio del **control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial**, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.

1.1.4 Se ha fijado con carácter vinculante las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: 2.5: (i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales. (ii) Realizar el juicio de relevancia, solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva agotando la búsqueda de una interpretación conforme a la Constitución; y, (iv) es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test a efectos de determinar la constitucionalidad o no de la norma.

SEGUNDO: Sobre la inaplicación de la norma legal

2.1 El auto consultado ha resuelto la inaplicación de una de las varias normas legales contenida en el artículo 10 de la Ley de Acogimiento Familiar Ley N° 30162 ²

² Artículo 10. Procedimiento para la obtención del acogimiento familiar judicial

La medida de acogimiento familiar se solicitará mediante solicitud al juez que conoce la investigación tutelar del niño, niña y adolescente o directamente al juez de familia o al juez mixto y se tramitará en cuaderno aparte siempre que exista un proceso de investigación tutelar abierto.

El órgano jurisdiccional a cargo de la respectiva investigación tutelar otorgará el acogimiento familiar de un niño, niña y adolescente previo dictamen favorable del Fiscal competente y el informe positivo del equipo técnico multidisciplinario de la respectiva Corte Superior. En este caso, la solicitud se presentará, cumpliendo con la presentación de los siguientes documentos:

a) Copia del documento nacional de identidad; b) Certificado de antecedentes penales; c) Certificado domiciliario; d) Certificado médico de salud con antigüedad no mayor de tres (3) meses expedido por

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

(vigente al 21 de setiembre de 2016 fecha de emisión de la resolución judicial consultada).

2.2 Para absolver la consulta, en principio corresponde afirmar la Constitucionalidad formal de la norma legal en cuanto a la producción normativa, al haber sido aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República con arreglo al procedimiento constitucional de la norma del artículo 108. Asimismo señalar que en este caso no se encuentra en juicio la constitucionalidad material en abstracto de la norma, sino que habiendo sido inaplicada vía control difuso, la norma ha sido enjuiciada por su inconstitucionalidad en concreto debido a las particularidades del caso particular por vulnerar derechos fundamentales.

2.3 En específico, la disposición legal inaplicada contiene la norma que establece la exigencia de contar con Dictamen Fiscal con opinión favorable para que el Juez pueda disponer el acogimiento familiar. Norma que supera el juicio de relevancia al ser la vigente y aplicable para el caso particular en que se resuelve el acogimiento familiar de un menor de edad.

Artículo 10. Procedimiento para la obtención del acogimiento familiar judicial

Segundo Párrafo: El órgano jurisdiccional a cargo de la respectiva investigación tutelar otorgará el acogimiento familiar de un niño, niña y adolescente previo dictamen favorable del Fiscal competente y (...).

2.4 La disposición legal no admite una interpretación compatible con la Constitución, tratándose de una norma regla que contiene un mandato imperativo en el sentido que, el órgano jurisdiccional para otorgar el acogimiento familiar de un menor de edad en una investigación tutelar (en este caso por abandono del menor), requiere dictamen previo y "favorable " del Fiscal competente; a contrario sin dictamen favorable no puede otorgar el acogimiento familiar; vinculando la decisión judicial a que el dictamen fiscal sea favorable, lo cual contraviene el principio derecho de independencia de los jueces.

un Centro de Salud o institución autorizada, adjuntando los resultados de los exámenes VIH. VDRL y rayos X de Pulmones;

e) Copia de Boleta de pago, recibo por honorarios u otro documento que sustente los ingresos económicos;

f) Examen psicológico que evidencie salud mental y capacidad psicológica o emocional para el acogimiento familiar; g) Declaración Jurada de no ser aspirante a la adopción; h) Certificado de no estar en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

2.5 La resolución consultada cumple con motivar exponiendo las razones del ejercicio del control difuso, las cuales se encuentran detalladas en la parte expositiva de esta sentencia, y de las que se extraen como argumento medular del juzgado, la inconstitucionalidad de la norma legal por incompatibilidad con la norma del inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política que protege el derecho fundamental de independencia de los jueces.

2.5.1 Respecto a los derechos involucrados, se advierte que además del derecho fundamental de independencia de los jueces, se encuentran derechos e intereses de un menor cuyo caso de abandono se encuentra sujeto a decisión judicial; cuya situación particular de su **escasa edad** (con días de nacida a la fecha de la demanda fiscal), **estado de salud al padecer de SIDA** y llevar tratamiento antiviral (como indica el resultado de laboratorio de fojas doce, el Informe de fojas 52), debido a que **la situación madre biológica** que tenía al momento del abandono VIH positivo (como sustenta la demanda fiscal de abandono de fojas 16 a 18), desconociéndose su paradero; que **el menor está recibiendo el apoyo de la solicitante** Ana Cecilia Domínguez Naranjo, de carácter económico para la atención médica y de medicamentos, dedicación afecto y atención (como indican los informes del equipo multidisciplinario de fojas 73, 88).

2.5.2 Involucrando inescindiblemente en este caso, en control de constitucionalidad y convencionalidad, la efectiva concretización de los derechos del niño y su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado, el principio del **interés superior del niño**, derecho a la vida con dignidad, a la salud con dignidad, derecho a tener una familia con dignidad, derechos que gozan de protección constitucional en el artículo primero, artículo segundo inciso dos, artículo cuarto y sétimo de la Constitución Política, y en tratados vinculantes sobre derechos humanos; en la Convención Americana de Derechos Humanos que establece la en el artículo primero **la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales**, en el artículo cuarto el respeto del derecho a la vida humana; en la Convención sobre Derechos del Niño, en el artículo segundo que obliga a los Estados a **respetar tales derechos y asegurar su aplicación**, en el artículo tercero que **obliga a todas las autoridades públicas a adoptar las medidas concernientes a los niños considerando el interés superior del niño**, en la obligación de los Estados de **asegurar al niño la protección y el cuidado**

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

que sean necesarios para su bienestar; el principio y derecho de los menores de tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del menor, **el derecho a la protección frente a cualquier forma de abandono,** previstos en la Declaración de Derechos del Niño.

2.5.3 Asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño ratifica en su artículo tercero, que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas, tribunales, la consideración primordial es la atención del interés superior del niño, así como **asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar;** en consonancia, la Observación N° 3-2003 del VIH/Sida y los Derechos del Niño, del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, reconoce los derechos de los niños que viven con VIH-SIDA, y la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias a favor de los menores.

2.5.4 Teniendo señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Discriminación contra niña con VIH, que las personas que viven con dicha enfermedad, requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continuada no solo de prevención, tratamiento, sino también de atención y apoyo, que los aspectos de calidad de salud, se relacionan con la obligación estatal de crear entornos seguros, especialmente para niños y el deber de activar con excepcionalidad debida diligencia, considerando la situación del menor³.

2.5.5 En ese orden prevalecen las normas constitucionales y convencionales citadas, y lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de que los jueces también estamos sometidos a ella, quedando obligados a velar a que el efecto útil de la convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin⁴.

2.6 En relación al derecho fundamental y constitucional de independencia de los jueces, protegido en el inciso segundo del artículo ciento treintinueve de la Constitución, también reconocido en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptado por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas y confirmado por la Asamblea General, obliga a los Estados y a todas sus autoridades nacionales, sean jueces, fiscales u otros, a garantizar, respetar y acatar

³ Sentencia CIDH, caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, fecha 01 de setiembre de 2015.

⁴ Sentencia CIDH caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs Perú, fecha 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

CONSULTA
EXP. N° 10167– 2017
LIMA

la independencia de los jueces, reafirmando en el artículo sexto que la independencia es garantía de que los procesos judiciales se desarrollen conforme a derecho, debiendo preservarse la independencia y consistencia de las decisiones judiciales; asimismo la doctrina jurídica señala que la independencia de los jueces no puede quedarse en una declaración meramente retórica, y no debe haber apoderamiento de la justicia⁵.

2.7 En consecuencia, el limitar la decisión del juez a favor del acogimiento familiar a que el dictamen fiscal sea favorable, vulnera con intensidad grave los derechos fundamentales del niño, la independencia de los Jueces, y el interés superior del menor, al desplazar la norma la decisión de estimar el acogimiento al Fiscal de Familia, siendo éste quién al final va a determinar con dictamen favorable que el Juez pueda declarar el acogimiento familiar; además **la norma legal enjuiciada no supera el test de ponderación en examen de idoneidad**, pues si bien el fin perseguido de la norma en los procesos de acogimiento familiar, es preservar la defensa de la legalidad y de los intereses públicos a cargo del Ministerio Público (conforme a la norma del artículo 159.1 de la Constitución Política), sin embargo la medida legal adoptada en el artículo 10 de la ley, no resulta idónea para el fin perseguido, pues no se orienta a preservar la referida defensa, sino que menoscaba gravemente los derechos fundamentales y el principio del interés superior del niño, así como la independencia del Juez sometiendo su decisión a la opinión del Dictamen Fiscal, resultando inconstitucional la norma legal por infringir el derecho fundamental y constitucional de independencia de la judicatura, y los derechos fundamentales de la menor NN de dignidad, vida, salud, bienestar, a la protección especial frente al abandono y de vivir en una familia donde reciba atención y apoyo.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, declararon: **APROBAR** el auto contenido en la resolución número 8 de fecha 21/09/2016, obrante a fojas 37 del cuadernillo,

⁵ Montero Aroca citado en Garantías del Proceso Civil en un estado Constitucional de Derecho, Rueda Fernández Silvia, Editorial Idemsa, Lima 2015, página 331.

CONSULTA
EXP. N° 10167- 2017
LIMA

expedido por el Juez del Tercer Juzgado de Familia de Cajamarca, que declara fundada la solicitud de acogimiento familiar en familia no consanguínea presentada por Ana Cecilia Domínguez Naranjo.- Interviene como Juez Supremo ponente: **Rueda Fernández.-**

SS.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

/jps