

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

Lima, doce de enero
de dos mil diecisiete.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Es materia de consulta, la sentencia de fecha veintiuno de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas setenta y tres, expedida por el Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Justicia del Callao, que inaplica al caso concreto lo dispuesto en el **artículo 400 del Código Civil**, por incompatibilidad constitucional sin afectar su vigencia.

Segundo: Inicialmente, debemos señalar que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que en esencia no es un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior; y a éste, el de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

Tercero: Por su parte, 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.

Cuarto: 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

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

en la Constitución Federal de mil setecientos ochenta y siete. A esta técnica se le conoce como *judicial review*¹.

Quinto: En nuestro país, esta técnica jurisprudencial norteamericana, aún cuando se enuncia en sentido negativo, se remonta a la Constitución de la República Peruana de mil ochocientos cincuenta y seis, que estableció en su artículo 10: *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”*. A ésta 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, previó en su artículo XXII de su Título Preliminar que: *“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera 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”*.

Sexto: 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”*.

Séptimo: 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. ***Advirtiéndose que la Ley Orgánica del Poder Judicial***

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

² Ahora artículo 138 de la Constitución Política de 1993

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

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 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.

Octavo: 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, 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.

Noveno: 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, aun 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.

Décimo: Además de lo anotado, el Código Procesal Constitucional, ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar: **“Cuando exista 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, 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.

Undécimo: Con relación al control constitucional, también es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última *ratio*, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el *“iter legislativo”*, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, *a priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí, y también con la Constitución Política del Estado; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado.

CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO

Duodécimo: En ese contexto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por el Juez de la causa, respecto a la no aplicación del artículo 400 del Código Civil al caso de autos, por preferir el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Perú. Ello por cuanto del escrito de fecha dieciséis de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas doce, se advierte que el presente proceso versa sobre impugnación de paternidad interpuesto por Fernando Manuel Cañamero Zegarra, quien señala que meses después que terminara la convivencia con la demandada Pamela Ordoñez Ezequilla, le comunicó que estaba embarazada producto de la relación que mantuvieron, motivo por el cual reconoció como hija a la menor Angelina Greta Pamela Cañamero Ordoñez; sin embargo, luego de once años y teniendo duda de ser verdadero padre de la referida menor, decidió someterse a un examen de ADN, que confirmó que no era el padre biológico.

Décimo Tercero: Sobre el particular, esta Sala Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado, la norma constitucional, el artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado que reconoce como un derecho fundamental de la persona, el derecho a la identidad y, de otro lado, la norma legal, el artículo 400 del Código Civil, el cual establece que: “*el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto*”, esto es, prescribe una clara limitación temporal para la investigación del verdadero vínculo paterno filial de un menor, condicionándola a un determinado periodo de tiempo. De este modo, la norma mencionada restringe en determinados casos, como el presente, el derecho constitucional a la identidad del menor que formalmente es tenido como hijo, aun cuando existan circunstancias que evidencien la imposibilidad de nexo biológico con quien aparece como su progenitor, colisionando con el derecho a la identidad del menor y a ser integrado a su familia biológica.

Décimo Cuarto: En ese contexto, ateniendo en consideración esta colisión normativa, corresponde acudir a la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** que sirve para solucionar el conflicto

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

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”*.

Décimo Quinto: 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 someterse a la norma al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, donde se deberá realizar un juicio de 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.

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

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. Página 15.

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

Décimo Sexto: Consecuentemente, con relación al **derecho a la identidad** del menor, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física; y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños, el artículo 1 de la “*Convención sobre los Derechos del Niño*” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278, del cuatro de agosto de mil novecientos noventa, y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto según sus artículos 7 y 8 el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a **respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares** de conformidad con la ley.

Décimo Séptimo: De esta manera, el derecho bajo comentario debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; y en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: *el estático*, que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y estado civil) y *el dinámico*, es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la

CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO

personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás.

Décimo Octavo: Por consiguiente, el derecho que tiene toda persona a conocer quiénes son sus padres y a que jurídicamente se les reconozca como tales no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, y se encuentra vinculado con el principio de interés superior del niño previsto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y los artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, así como con el derecho de familia previsto en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por ende al ser un derecho consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto, no admite límites de ninguna naturaleza sea estos temporales o materiales.

Décimo Noveno: En ese contexto, efectuando el **examen de idoneidad** se debe tener en consideración que aun cuando el plazo de caducidad contenido en el artículo 400 del Código Civil, tiene una finalidad constitucional, como es, el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico; cierto es, que el medio para obtener dicha finalidad en el caso de autos no resulta idóneo, en la medida que las normas no hacen viable y limitan el derecho a la familia y a la identidad, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, cual es el reconocimiento de la relación biológica de la filiación; y, que en el presente caso se ha comprobado de forma fehaciente a través de la prueba de ADN ofrecida por el accionante que obra a fojas cuatro; por lo tanto, la acción de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días, resulta lesiva a los derechos involucrados como es el derecho a la identidad e identidad

CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO

biológica, el derecho a la familia y el principio del interés superior del niño, en la medida que el medio utilizado por el legislador, positivizado a través del artículo 400 del Código Civil, no guarda una causal razonable, estando alejado del fin constitucional que persigue, dado que termina afectando derechos vinculados a la protección de la familia, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso en concreto; careciendo de objeto formular el examen de necesidad y proporcionalidad, habida cuenta utilizada la técnica de ponderación a través del test de proporcionalidad para solucionar conflictos de derechos, al efectuarse el examen de idoneidad y evaluarse el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional, se ha determinado que no se ha superado dicha primera fase, por lo que no corresponde analizar las otras dos fases.

Vigésimo: Siendo ello así, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado; y de otro, la norma contenida en el artículo 400 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por lo que teniendo presente el interés superior del niño, cuya situación requiere una solución adecuada a su caso, considerando su derecho a la identidad biológica a fin de consolidar un vínculo paterno filial preexistente estableciendo quien es su padre biológico, resulta razonable y proporcional, que se declare inaplicable el artículo 400 del Código Civil, vía control difuso por incompatibilidad constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que impida al padre que efectuó el reconocimiento, impugnarlo, si es que se acredita al interior de un proceso judicial llevado con las debidas garantías que dicho acto de reconocimiento no se condice con la verdad biológica; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la sentencia de fecha veintiuno de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas setenta y tres, expedida por el

**CONSULTA N° 15539-2016
CALLAO**

Juzgado de Familia Transitorio de la Corte Superior de Justicia del Callao, que inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el **artículo 400 del Código Civil**, por incompatibilidad constitucional; en los seguidos por Fernando Manuel Cañamero Zegarra contra Pamela Ordoñez Ezequilla, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; *y los devolvieron. Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Vinatea Medina.-*

S. S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Jrc/bma/foms