

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

Lima, tres de julio
de dos mil diecisiete.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

Primero: Es materia de consulta, la resolución número dos, de fecha trece de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas dieciocho, en cuanto inaplica al caso concreto lo dispuesto por el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia.

Segundo: Antes de referirnos al tema en particular, corresponde precisar que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia 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.

Control Difuso

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

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

contraria a lo establecido 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, aun 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, señaló 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

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° 12050-2017
SAN MARTÍN**

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 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: *“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, 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: Que esa potestad ha quedado claramente establecida 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*

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación". Por consiguiente, 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 éste.

Décimo: Aunado a 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 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: En lo que corresponde 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 ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

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 estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; 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.

Fundamentos de la resolución consultada:

Duodécimo: Bajo ese contexto normativo, 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 364 del Código Civil al caso de autos, por preferir el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Lo resuelto por el *A quo* fue a razón de la demanda de contestación de paternidad interpuesta por Emerson Alvarado Zuta, quien indica que se le atribuyó la paternidad del menor Jhon Emerson Alvarado Abanto, sabiendo que no es su hijo biológico. Precisa además que se debe oficiar al registro civil correspondiente para las modificaciones pertinentes.

CONSIDERANDO:

Décimo Tercero: 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, artículo 2 inciso 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, artículo 364 del Código Civil, que establece: “*el plazo para interponer acción de negación por el marido es de noventa días contados*”

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”; esto es, establece 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 sobradamente evidencien la imposibilidad de nexo biológico con quien aparece como su progenitor.

Derechos conexos al caso:

Décimo Cuarto: Con relación al **derecho fundamental 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,**

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

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

Décimo Sexto: En el presente caso también se encuentra vinculado a derechos e intereses conexos al **principio del interés superior del niño**, el cual además de encontrar sustento en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que establece una protección especial al mismo, también se encuentra reconocido como guía hermenéutica que orienta las decisiones judiciales en todos los casos en que se encuentre de por medio, los derechos e intereses de un menor de edad, así el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de sus diversos poderes, como el judicial y demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, "*considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*"; el artículo X del mismo Código contempla que el Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

menores de edad y que los procesos sujetos a resolución judicial en los que se encuentren involucrados dichos adolescentes, sean tratados como problemas humanos.

Décimo Séptimo: Asimismo, la Constitución Política del Perú y los instrumentos internacionales, protegen también el **derecho a la familia**; el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconocen el derecho de las personas humanas de fundar una familia; en igual forma lo tiene establecido el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece el derecho de toda persona al nivel adecuado de vida que le asegure a ella y a su familia la salud y el bienestar; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación del Estado de brindar a la familia la más amplia protección y asistencia posible para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo.

Décimo Octavo: Bajo ese contexto normativo, se puede concluir que los presentes autos no versan sobre un caso de infracción a una norma legal, sino de trasgresión de derechos y principios constitucionales, por lo que, de determinarse la incompatibilidad constitucional de los dispositivos normativos, se procederá a la inaplicación de las normas legales.

Test de Proporcionalidad

Décimo Noveno: En ese contexto, a efectos de verificar esta colisión normativa, corresponde acudir a la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** que sirve para solucionar 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*

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

*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 esta Sala Suprema, 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”*.

Vigésimo: Seguidamente, solo superado este primer examen, corresponde acudir al **examen de necesidad** que comprende una comparación entre los medios empujados 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 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*

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).

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

*de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*⁵.

Vigésimo Primero: En correlato con lo expuesto en el considerando precedente, corresponde efectuar el **examen de idoneidad**, en ese sentido, teniendo en consideración que el plazo para interponer acción de negación de paternidad a cargo del marido, contenido en el artículo 364 del Código Civil tendría una finalidad constitucional, como es, el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico; no obstante, se advierte que el medio para obtener dicha finalidad en el caso de autos no resulta idóneo, en la medida que la norma en comento no hace viable la pretensión del accionante, y limita 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, asimismo, se advierte del escrito de la demanda, que el demandante refiere que es la madre del menor quien le manifestó en forma expresa que él no es el verdadero padre del menor; por lo tanto, la acción de negación (contestataria) de la paternidad por parte del marido sujeta al plazo de caducidad de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente, resulta lesiva a los derechos involucrados como es el derecho a la identidad e identidad 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 364 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;

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.

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

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 Segundo: Por consiguiente, 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, consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado el cual debe interpretarse conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; y de otro, la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; 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 citado artículo 364 del Código Civil, correspondiendo declarar la inaplicación vía control difuso por incompatibilidad constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que impida al esposo o marido 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.

Aprobación de la resolución consultada:

Vigésimo Tercero: Que, por lo expuesto se aprueba la inaplicación del artículo 364 del Código Civil a lo resuelto en la resolución número dos, de

**CONSULTA N° 12050-2017
SAN MARTÍN**

fecha trece de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas dieciocho que resolvió **admitir a trámite la demanda de negación o contestación de paternidad**, por tanto, de conformidad a lo previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde aprobar la resolución consultada.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: **APROBARON** la resolución número dos, de fecha trece de marzo del dos mil diecisiete, obrante a fojas dieciocho, expedida por el Juzgado Mixto de Bellavista de la Corte Superior de Justicia de San Martín; en los seguidos por Emerson Alvarado Zuta contra María Ortencia Abanto Rojas, sobre Negación de Paternidad; y *los devolvieron*. **Juez Supremo Ponente señor Vinatea Medina.**

S. S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA