

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA 4762 - 2011  
ICA**

Lima, veinticuatro de abril  
del dos mil doce.-

**VISTOS; y, CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, viene en consulta la resolución emitida por el Primer Juzgado de Familia de Ica de la Corte Superior Justicia de Ica, de fecha veintitrés de setiembre del dos mil once, que aplicando el control difuso, previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, declara inaplicable al presente caso el artículo 6 de la Ley N° 26872 modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 por contravenir el artículo 139 inciso 3 de la Constitución.

**SEGUNDO:** Que, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público que viene impuesta por la ley y 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, a efectuar el control de la legalidad constitucional de la resolución dictada en la instancia inferior.

**TERCERO:** Que, en tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, no debe perderse de vista que el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial concordante con el artículo 408 del Código Procesal Civil ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, 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; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

**CUARTO:** Que, como se verifica de la resolución consultada, la Sala de mérito ha inaplicado el artículo 6 de la Ley N° 26872 modificado por el

**CONSULTA 4762 - 2011**  
**ICA**

Decreto Legislativo N° 1070 por considerar que la obligatoriedad de recurrir a un Centro de Conciliación Extrajudicial en los procesos de tenencia previo a la vía judicial respectiva vulnera derechos impostergables en la cual en materia de tenencia y custodia se encuentran involucrados niñas, niños y/o adolescentes que deben ser tratados como problemas humanos en atención a los principios del interés superior del niño y de primacía de la realidad.

**QUINTO:** Que, en el caso de autos doña Diana Carolina Alavedra Euribe ha solicitado la tenencia de su menor hijo alegado que el demandado don Jimmy Junior Pulido Goicochea, padre del menor se lo ha llevado consigo aprovechando que se encontraba en la cuna jardín donde venía cursando sus estudios y aprovechando que la actora se encontraba laborando.

**SEXTO:** Que, previamente al análisis de lo que es materia de consulta debe precisarse, que el Primer Juzgado de Familia de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica ha establecido claramente que pretender someter a un largo proceso para solicitar la tenencia del menor vulneraría la finalidad del proceso que es solucionar un conflicto de intereses bajo los principios de celeridad y economía procesal, pues además debe tenerse en cuenta que en el presente caso se está conteniendo derechos de un menor de edad, en cuyo caso debe prevalecer el Principio del Interés Superior del Niño previsto en el numeral IX del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente, el cual debe primar frente a cualquier formalidad que pudiera perjudicar sus derechos.

**SETIMO:** Con relación a la consulta debe señalarse que el juzgador al preferir la norma constitucional a la ley ordinaria no ha hecho más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo 138, segundo párrafo, concordante con el artículo 51 de la misma Ley de Leyes, al prescribir que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, los jueces prefieren la primera, y, para el caso concreto, al

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA 4762 - 2011  
ICA

estar en discusión precisamente el derecho de una menor al cuidado en su desarrollo integral que el Estado protege conforme lo regula el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, someter a una exigencia de forma como lo es el acudir previamente a un Centro de Conciliación Extrajudicial vulnera tal precepto, así como de recurrir al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurisdiccional, razón por la cual, tal especialísima circunstancia merece ser dilucidada en armonía con el interés superior del niño, recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que en el presente caso – como se tienen expresado – es el bienestar de un menor.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la resolución consultada de fojas dieciocho, su fecha veintitrés de setiembre del dos mil once, en cuanto declara **INAPLICABLE** al presente caso el artículo 6 de la Ley N° 26872 modificado por el Decreto Legislativo N° 1070; en los seguidos por doña Diana Carolina Alavedra Euribe contra don Jimmy Junior Pulido Goicochea sobre Tenencia y Custodia de Menor; y los devolvieron.- *Vocal ponente: Vásquez Cortez.*

S.S.

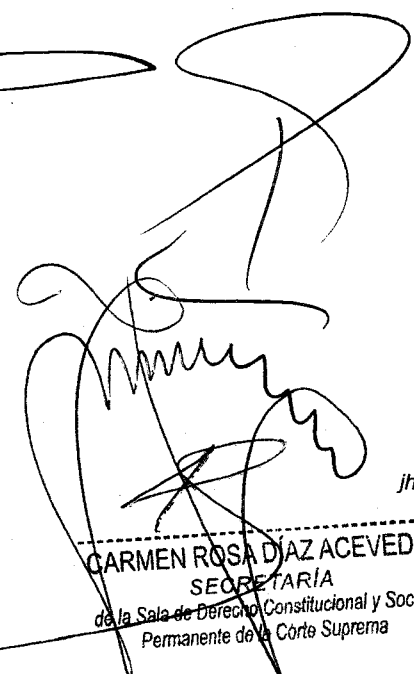
VASQUEZ CORTEZ

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

  
jhc  
CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO  
SECRETARIA  
de la Sala de Derecho Constitucional y Social  
Permanente de la Corte Suprema 3

15 OCT 2012