

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

Lima, diez de abril
de dos mil dieciocho.-

VISTOS; con el expediente principal; y, **CONSIDERANDO:**

I. MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema la sentencia de fecha doce de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ciento veintisiete, en el extremo que- mediante control difuso- resuelve inaplicar al caso concreto lo establecido en el artículo 400 del Código Civil por incompatibilidad constitucional, en los seguidos por Joel Emilio Palacios Soto contra Roger Antonio Béjar Santisteban y otra, sobre impugnación de paternidad.

II. SOBRE EL MECANISMO PROCESAL DE LA CONSULTA

2.1 Para Jerí Cisneros, la consulta es un instituto que en sentido estricto no constituye un recurso impugnatorio, pero que tiene efectos procesales semejantes a la apelación. Para dicho autor, consultar es elevar una resolución judicial al Tribunal Superior para su aprobación, implica un reexamen de lo ya resuelto y se encuentra limitado a los casos en que la ley expresamente lo ordena, no proviene la decisión judicial, importa por último que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin el cual no causaría ejecutoria¹.

2.2 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

¹ JERÍ, J. *Teoría de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado*. En: http://sisbid.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/jeri_cj/Cap6.pdf

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

el deber de elevar el expediente al Superior y a éste, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior².

2.3 El artículo 408 del Código Procesal Civil señala que: *“La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: (...) 3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; (...) También procede contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.”* Siendo así, puede advertirse que en instancia judicial, *“(...) la consulta opera porque el legislador considera necesaria la revisión de la sentencia por el superior, sin lo cual no hay ejecutoria. (...)”³*, por lo que, de acuerdo a los supuestos regulados en el artículo citado, corresponde que el órgano jurisdiccional eleve el expediente al superior, y éste al recibirlo efectúe el **control de constitucionalidad** que corresponda respecto de lo resuelto por la instancia inferior.

2.4 En el caso de autos, se advierte que la sentencia elevada en consulta resuelve inaplicar una norma legal por colisionar con la Constitución Política del Estado, siendo la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema competente para conocer la misma, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 e inciso 3 del artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1 Al respecto, corresponde señalar que el sistema de control constitucional se divide principalmente en dos modelos: el sistema europeo o de Justicia Constitucional concentrada, en el que se recurre a un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para revisar la

² Consulta N° 2692-2011-Lima, de fecha 22 de setiembre de 2011, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

³ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica. Lima. p. 306

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

constitucionalidad de las normas legales, estableciendo para ello declaraciones generales; y por otro lado, el sistema americano o de control difuso que permite que un órgano jurisdiccional ordinario desarrolle la función de control de constitucionalidad inaplicando para ello una norma que resulte contraria u oponible al texto constitucional para un caso en concreto, quedando dicha norma vigente en el ordenamiento. Justamente, es este segundo modelo el que será aplicado para resolver la consulta elevada.

3.2 Como antecedente, corresponde mencionar que fue la Corte Suprema Federal Norteamericana la primera institución con atribuciones jurisdiccionales que defendió esta nueva perspectiva y que además la puso en práctica. Esto se colige de la sentencia emitida en el año mil ochocientos tres por el Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en el caso *“William Marbury versus James Madison”* donde precisó, entre otras cosas, que, en tanto la Constitución es la norma más importante del ordenamiento jurídico de cualquier estado, aquella norma, actuación u omisión no ceñida a lo previsto en dicha Constitución no resulta conforme a Derecho y debe por ello ser declarada inconstitucional por un juez, dado que, es a ellos a quienes les corresponde resolver cualquier controversia sobre la interpretación y contenido de la normativa vigente.⁴

3.3 Por su parte, el sistema jurídico peruano ante la especial importancia que tiene la revisión de la constitucionalidad de las leyes, como mecanismo de protección y como coadyuvante a la consolidación de la constitución como norma jurídica suprema, respecto a la segunda forma de control constitucional precisa en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por*

⁴ ALEJANDRO, J. *Marbury vs Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Colección Textos Jurídicos. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. 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.” (Subrayado nuestro).

3.4 En ese mismo orden de ideas, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que “*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. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. (...)*”

3.5 Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 017 -93-JUS, en su artículo 14 señala: “*(...) 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. 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 éstas no quepa recurso de casación. 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. (...)*”

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

3.6 Siendo así, el control difuso se define como aquella facultad atribuida a los jueces para que puedan inaplicar una norma legal o de inferior jerarquía, siempre que esta resulte oponible a la Constitución respecto a un caso concreto. Esto, permitirá sustituir en el caso concreto la ponderación del legislador por la del juez, dotando a este último de mayores márgenes de discrecionalidad en la solución de la controversia.⁵ Por lo tanto, su ejercicio debe ser limitado, y debe adoptarse únicamente como un acto de última *ratio*, siempre que ello sea ineludible para obtener una solución constitucionalmente válida para la controversia. Cabe precisar, que esto no implica que dicha norma perderá vigencia o será excluida del ordenamiento jurídico sino que únicamente no será de aplicación para dicho caso.

3.7 Para el autor Henríquez Viñas, “el control difuso de constitucionalidad de las leyes es un mecanismo de resolución de antinomias, que busca asegurar la unidad y coherencia normativa, reconociendo a la Constitución como: a) la norma fundante del ordenamiento jurídico; b) determina el ámbito de vigencia y validez de las normas del ordenamiento jurídico, las que deben sujetarse tanto formal como materialmente a ella; c) regula las formas de producción de las demás normas jurídicas; d) define el sistema de fuentes, precisando los órganos competentes para la producción de las normas jurídicas, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de su jerarquía o de su competencia”⁶.

3.8 Sobre el particular, resulta necesario remitirnos a la Consulta N.° 1618-2016-Lima Norte, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, emitida

⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón del Derecho*. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N.°1, 2010, p. 12.

⁶ HENRÍQUEZ, M. “Los jueces y la resolución de antinomias desde las perspectivas de las fuentes del derecho constitucional chileno” en *Estudios Constitucionales*. N.°01. Año 11.2013. p. 460.

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

por este Supremo Tribunal, la cual constituye doctrina jurisprudencial vinculante, que en su considerando 2.5 establece las reglas a aplicarse para el **ejercicio del control difuso judicial**, siendo las mismas:

“i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución; debiendo suponer *a priori* que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada;

ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es solo respecto de la norma del caso en un proceso particular;

iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última *ratio*, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo;

iv) En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que **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 de **proporcionalidad** u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

IV. SOBRE EL CASO EN CONCRETO

4.1 Mediante escrito de fecha nueve de octubre de dos mil catorce, obrante a fojas ocho de autos, Joel Emilio Palacios Soto interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad que ostenta el demandado Roger Antonio Béjar Santisteban sobre el menor Sandro Antonio Béjar Huamán de once meses de edad, solicitando se declare que es el padre biológico de éste último.

4.2 Sustenta su demanda indicando que, producto de las relaciones maritales sostenidas con Diana Carolina Huamán Huayhuacuri procrearon al menor Sandro Antonio Béjar Huamán, nacido el veinticuatro de octubre de dos mil trece. A su nacimiento, el menor fue inscrito en el registro correspondiente, consignándose como padre al demandado Roger Antonio

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

Béjar Santisteban, cuando en realidad el recurrente es el padre biológico del menor. Añade que, su pretensión de impugnación de paternidad, se encuentra ligada a la moral, las buenas costumbres y legitimidad legal, encontrando su amparo en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, que indica que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo el ser humano, el valor supremo que justifica la existencia del Estado y fundamento esencial de todos los derechos. Asimismo, el artículo 6 del Código de los Niño y Adolescentes, establece el derecho a la identidad, y, al amparo del interés superior del menor, protege las gestiones destinadas a conocer el verdadero origen biológico. Ofrece como medios probatorios la partida de nacimiento de la menor, obrante a folios tres de los actuados, así como la prueba de ADN que deberá ser practicada al demandado, en el laboratorio que el juzgado designe.

4.3 Habiendo seguido el trámite correspondiente al proceso, con fecha doce de julio de dos mil diecisiete, el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Callao emite sentencia donde resolvió declarar **fundada** la demanda interpuesta por Joel Emilio Palacios Soto contra Roger Antonio Béjar Santisteban y el menor Sandro Antonio Béjar Huamán, sobre impugnación de paternidad; asimismo, ordenó que se excluya a don Roger Antonio Béjar Santisteban como padre del menor en la partida de nacimiento respectiva, y adicionalmente, dispone se eleve en consulta la referida sentencia, en tanto que, en el desarrollo de sus considerandos **resolvió inaplicar lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil.**

4.4 En principio, el juez sustenta su decisión señalando que el artículo 400 del Código Procesal Civil, establece que el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. Siendo ello así, el derecho del actor habría

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

caducado al haber transcurrido el periodo señalado por ley. Empero, considera que la pretensión del actor debe ser resuelto desde la doctrina neoliberal y la normatividad que corresponde al derecho de familia, y no solo desde una visión procesal, pues conforme a lo preceptuado por nuestra Constitución Política, el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de sus objetivos, es la dignidad del ser humano que, además, representa el fundamento esencial de todos los derechos consagrados en el artículo 1.

4.5 Menciona que, la controversia en el caso de autos radica en el derecho a la identidad y consecuente filiación de una persona menor de edad, que ha sido reconocida por quien, según indica la demandante, no lo ha procreado; resultando imperiosa la necesidad de resolver la incertidumbre a fin de que el menor pueda gozar de las garantías que el otorgamiento jurídico le otorga. En atención a ello, considera que conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en el presente caso, no resulta de aplicación el plazo señalado por el artículo 400 del Código Civil, privilegiándose la norma Constitucional que resguarda el derecho a la identidad de la persona humana, así como las normas que velan por el derecho de la persona a sus padres biológicos.

4.6 Resolviendo el fondo de la controversia, el juez de primera instancia, respecto a la impugnación de paternidad señala que, ha quedado demostrado mediante la prueba de ADN emitida por el laboratorio BioLinks, obrante a folios ciento nueve del expediente principal, que: *“La probabilidad de paternidad entre el señor Joel Emilio Palacios Soto y Sandro Antonio Béjar Huamán es de 99.99%”*, prueba que resulta idónea y suficiente para este caso. Además, tal informe pericial ha sido ratificado por los peritos que la practicaron en la continuación de audiencia de pruebas, de fecha dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, conforme a los términos

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

del acta, obrante a fojas ciento once a ciento doce. A ello, se suma la manifestación de la demandada Diana Carolina Huamán Huayhuacuri, quien al contestar la demanda, admite que el menor Sandro Antonio Béjar Huamán, nacido el veinticuatro de octubre de dos mil trece, fue inscrito en el registro correspondiente, consignando como padre al demandado Roger Béjar Santisteban, cuando en realidad el demandante Joel Emilio Palacios Soto, es el verdadero padre de su menor hijo.

V. SOBRE LAS NORMAS EN CONTROVERSIA

5.1 El numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que: ***“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...).*** Aunado a ello, se tiene lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, donde en su artículo 7 se establece: ***“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento 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. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”*** Asimismo, el artículo 8 de la referida Convención señala que: ***“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (...)”***

⁷ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Perú el 26 de enero de 1990, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.º 2 5278, del 4 de agosto de 1990 y ratificada el 14 de agosto del mismo año.

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

5.2. Para mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2273-2005-PHC sobre un proceso de Habeas Corpus interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec, señala que: *“Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad (...), entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc).”*

5.3. Se considera que el derecho a la identidad constituye un derecho humano y como tal es de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable y constituye uno de los supuestos para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, el cual podría verse afectado si es desconocido por el Estado o por cualquier otra persona.⁸

5.4. Asimismo, se tiene que el derecho a la identidad no únicamente comprende de forma estricta la identificación del menor, como lo es la asignación de un nombre y apellido, así como su fecha de nacimiento, sino que además está relacionado al hecho de que el menor sea capaz de reconocer aspectos de índole social, cultural, ideológicos, religiosos, etc., que permitan que encuentre su verdadera esencia y coadyuven a que defina su personalidad.

⁸ “El Derecho a la identidad en el Derecho Internacional Privado” Ruth Saif de Preperier. Revista *Foro Jurídico* N.º 18572-73604-1-PB. p. 39

CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO

5.5. En ese mismo orden de ideas, cabe precisar que el artículo 4 de la Constitución Política del Perú indica que: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño (...)”* Asimismo, el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado mediante Ley N.º27337, señala que: *“En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.”*. Finalmente, el artículo X del referido Código promueve la especialización de la administración de justicia para casos donde estén involucrados menores de edad, y propone además que estos procesos sujetos a resolución judicial sean tratados como problemas humanos.

5.6 Bajo ese contexto, se colige que el derecho a la identidad constituye un derecho fundamental que permite a la persona ser reconocida en su existencia individual, desde el ámbito personal, familiar y social. En ese sentido, la identidad puede ser analizada desde *una doble conformación: de un lado se encuentra el factor biológico de la filiación; por el otro, se traslada a un espacio socio psicológico. La afectación o modificación de alguno de los dos, genera necesariamente un cambio que repercute en la conformación identitaria de la persona*⁹; más aún, tratándose de un menor de edad cuyo desarrollo de la personalidad se encuentra en plena formación.

5.7 Por lo tanto, de acuerdo a lo regulado en el ordenamiento jurídico vigente, corresponde a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas necesarias a fin de no vulnerar derechos fundamentales de las personas y

⁹ La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas. En: http://webiigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/5jornadasjovenes/EJE1/Mesa2_Epstein.pdf

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

en especial, de menores de edad en atención al principio del interés superior del niño y del adolescente.

5.8. No obstante ello, el ordenamiento civil peruano establece en su artículo 400 del citado cuerpo normativo que: *“El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto”*.

5.9 Al respecto, Varsi Rospigliosi señala que el Código Civil de mil ochocientos cincuenta y dos establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido sin un plazo de caducidad (artículo 240); a diferencia de ello, el Código de mil novecientos treinta y seis consagró un plazo para poder accionar de tres meses (artículo 364), regla considerada por el Código de mil novecientos ochenta y cuatro.¹⁰

5.10 Es así que, a partir de un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares, la ley determina un plazo para su ejercicio. Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Por lo tanto, dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarle al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado.

5.11 Si bien la ley ha establecido en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables) un plazo breve para impugnar el reconocimiento, Varsi Rospigliosi señala que existe una propuesta de modificación del Código Civil respecto a dicho artículo, proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible. Esta propuesta ha sido considerada sobre la base del derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo consideran la imprescriptibilidad de la

¹⁰ VARSI, E. *Código Civil Comentado*. Tomo II. Gaceta Jurídica. 2012. Lima. p. 754.

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado. Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida en que las acciones de estado de filiación, sean de reclamación o de impugnación, son imprescriptibles, más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.¹¹

5.12 Bajo ese contexto, se evidencia que en el presente caso, se ha producido una colisión entre una norma legal y una norma constitucional, toda vez que, no corresponde la imposición de barreras formales como límites de temporalidad, cuando debe prevalecer la protección de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, como es el derecho a la identidad biológica; más aún, que en el presente caso se discute el derecho de un menor de edad.

5.13 Resulta factible entonces, la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas legales, para lo cual, previamente se debe precisar los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para su aplicación, en concordancia con los criterios desarrollados en la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte: a) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; b) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso; c) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley; d) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control; e) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad; y, f) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la constitución y declaración de inaplicación de esta al caso en concreto.

¹¹ IDEM.

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

5.14 Atendiendo a ello, se tiene que la norma contenida en el artículo 400 del Código Civil, antes desarrollada, es una norma autoaplicativa, en tanto que, *“llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos.”*¹². Asimismo, la referida norma resulta ser trascendental para la resolución del caso en autos, en tanto, regula lo concerniente al plazo para efectuar la impugnación de paternidad.

5.15 Además, resulta evidente que de aplicarse la norma sustantiva mencionada de manera estricta, se produciría un agravio directo en las esferas jurídicas de los involucrados, en tanto que, se reconocería una paternidad no existente y a la vez, se estaría limitando el derecho a la identidad del menor.

5.16 De otro lado, se ha verificado la inexistencia de pronunciamientos previos emitidos por el Tribunal Constitucional en los que, mediante procesos de inconstitucionalidad, se hubiese controlado la cuestionada norma legal.

5.17 Aunado a ello, de la lectura del texto normativo contenido en el artículo en referencia se desprende que, no resulta factible efectuar interpretación alguna que permita salvaguardar las disposiciones constitucionales.

5.18 Por lo que, siendo ello así, corresponde efectuar la verificación de la norma y determinar su manifiesta incompatibilidad con la norma

¹² STC N.° 01893-2009-AA, del 10 de diciembre de 2010.

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

constitucional, así como, declarar su inaplicación en el caso concreto, para lo cual se deberá efectuar el test de proporcionalidad.

VI. TEST DE PROPORCIONALIDAD

6.1 La finalidad del test de proporcionalidad es *“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”*¹³, ello nos permitirá reducir los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales y así resolver el conflicto. Es así que para una correcta aplicación del test debe necesariamente evaluarse las normas sustantivas cuestionadas a la luz de lo establecido en los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en ese estricto orden.

6.2 Respecto al **principio de idoneidad**, se tiene que hace referencia a la relación de causalidad entre el medio adoptado para la consecución de un fin propuesto por el legislador, lo que nos dirá si la medida examinada es adecuada para lograr un fin de relevancia constitucional. Es decir, se trata del análisis de una *relación medio-fin*.¹⁴ Así, se tiene que: *“Para satisfacer el subcriterio de idoneidad planteado debe apreciarse claramente la relación entre los efectos fácticos logrados con dicha medida y si estos conducen efectivamente hacia la optimización de los bienes constitucionales supuestamente tutelados. Solo así se podrá determinar la relación de causalidad entre la medida de intervención y los bienes constitucionales que se pretenden proteger”*.¹⁵

6.3 Por otro lado, respecto al **principio de necesidad**, se debe evaluar si la medida cuestionada es o no necesaria, es decir, si eventualmente existe

¹³ GRANDEZ CASTRO, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, en *Principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra, Lima 2010, p. 347.

¹⁴ STC N.º 0045-2004-AI

¹⁵ STC N.º 0850-2008-PA-TC

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

un medio alternativo que permita de alguna forma alcanzar el mismo objetivo y que de alguna forma resulte más benigno respecto al derecho vulnerado. Es decir, se trata del análisis de una *relación medio-medio*.

6.4 Finalmente, el **principio de proporcionalidad** en sentido estricto, implica una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a esta *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*¹⁶

APLICACIÓN DEL TEST AL CASO EN CONCRETO

6.5. En primer lugar, se debe efectuar el **examen de idoneidad**, respecto a la norma contenida en el artículo 400 del Código Civil, la cual establece el plazo para efectuar una impugnación de paternidad, otorgando únicamente noventa días para tal efecto.

6.6. Al respecto, si bien, el espíritu del legislador recae en la protección de la estabilidad familiar, entendida como elemento fundamental de la sociedad, también es cierto, que no considera la posibilidad de que a través de una prueba biológica de ADN, se pueda impugnar el reconocimiento legal efectuado en este caso por un tercero, el cual no necesariamente se puede ejercer en un plazo de noventa días de ocurrido el mismo, puesto que, por diversas circunstancias, resulta lógico que el recurrente, quien es el padre biológico del menor, no haya podido tener conocimiento de su vínculo paterno filial con la misma de manera oportuna, y ello, no puede ser óbice para que persona, en este caso el menor, pueda conocer su identidad biológica.

¹⁶ STC N.º 0045-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el artículo 3 de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

6.7. En ese orden de ideas, se puede concluir que si bien, la norma sustantiva cuestionada desde un control abstracto cumpliría **con la finalidad protegida por el legislador, como es la protección de la familia**, lo cierto es que, desde un control aplicado al caso en concreto, dicha medida colisiona con el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus verdaderos padres, lo que no es otra cosa que la **materialización de su derecho a la identidad personal, y a gozar del estado de familia de acuerdo con su origen biológico**, derechos contemplados en el inciso 1 artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño; siendo así, la medida adoptada por el legislador no cumple con la finalidad propuesta.

6.8. Por lo expuesto, al haber surgido un conflicto entre una norma sustantiva contenida en el artículo 400 del Código Civil y una norma constitucional que protege un derecho fundamental de la persona, sin que de su análisis pueda desprenderse alguna interpretación acorde a los preceptos constitucionales que deben ser protegidos, resulta razonable y proporcional que se declare **la inaplicación del artículo 400 del Código Civil para el caso en concreto**, dado que el reconocimiento legal del menor efectuado en el caso de autos, no refleja la verdad biológica, la misma que ha sido debidamente acreditada utilizando las pruebas biológica de ADN, conforme con lo expuesto en los antecedentes de la presente resolución

6.9 Cabe precisar, que la medida en cuestión, al no haber superado el examen de idoneidad, resulta inoficioso someter la misma al examen de necesidad y proporcionalidad.

6.10 Habiéndose determinado la inconstitucionalidad en el caso de autos de la norma legal contenida en el artículo 400 del Código Civil,

**CONSULTA N° 3103-2018
CALLAO**

corresponde que se aprueba la inaplicación de dicho artículo, a lo resuelto en la sentencia de primera instancia.

VII. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **APROBARON** la sentencia de primera instancia, fecha de fecha doce de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas ciento veintisiete, en el extremo que, mediante control difuso, resuelve inaplicar al caso concreto el artículo 400 del Código Civil por incompatibilidad constitucional; en los seguidos por Joel Emilio Palacios Soto contra Roger Antonio Béjar Santisteban y otra, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo.**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

WONG ABAD

SÁNCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

cct /jfp