

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA**

Lima, diez de enero

De dos mil diecisiete.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

I.- OBJETO DE LA CONSULTA:

PRIMERO.- Es materia de consulta la sentencia contenida en la Resolución número doce expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, de fecha veintidós de Junio del dos mil dieciséis, de fojas ciento diecisiete, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **inaplica** al caso concreto, **el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, únicamente en la parte que ordena la obligación de los padres de acreditar el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia.**

II.- ANTECEDENTES:

SEGUNDO.- Como antecedentes del proceso, se tiene que el Tercer Juzgado de Familia de Chimbote, mediante sentencia –resolución número nueve - de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas ochenta y uno, resolvió **inaplicar** para el caso concreto el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, únicamente en el extremo que ordena la obligación de los padres de acreditar el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; así, en base a ello, declaró fundada la demanda fijándose un régimen de visitas a favor del demandante Johan Jeremy Zavaleta Rodríguez, para que éste pueda visitar a su menor hijo de iniciales K.D.Z.K.; interpuesto el recurso de apelación correspondiente, y elevado los autos a la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa la confirma, respaldando su decisión en el principio de Interés Superior del Niño, en tanto dicho menor no solamente tiene derecho a saber quién es su padre, sino, a interrelacionarse con él a fin de que su imagen de

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

padre sea una realidad; asimismo, el Colegiado Superior dispuso que el actor acredite que viene acudiendo los alimentos en favor de su menor hijo.

III.- CONTROL CONSTITUCIONAL:

TERCERO.- El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas el Control Difuso y Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

CUARTO.- Asimismo, el artículo 138°, segundo párrafo, de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de Supremacía de la Constitución y también de Jerarquía de las Normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debe ser concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ y que contiene el siguiente enunciado: "*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*".

QUINTO.- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales

¹ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002 -AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: "(...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"². d. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el Juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia", concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.³

² Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301.

³ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, octubre de 2004, p.29.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

SEXTO.- Asimismo, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-2013 - cuarto considerando - indicó que *“(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta 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 cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo 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 con la Carta Fundamental”.*

IV. VALORACIÓN:

SÉPTIMO.- En el presente caso, se tiene de los fundamentos de hecho de la demanda que **el demandante Johan Jeremy Zavaleta Rodríguez**, con la emplazada **Saori Tamiko Kuroda Calvo**, cuando ambos eran menores de edad, mantuvieron una relación extramatrimonial, y fruto de ello, procrearon su menor hijo de iniciales K.D.Z.K. (de un año y un mes de nacido al momento de interponer la demanda); quedando a cargo del cuidado del menor su indicada madre, junto con sus familiares; asimismo, el actor indica que viene cumpliendo con las necesidades básicas de su hijo. Posteriormente con fecha nueve de octubre de dos mil trece, la demandada contesta la demanda, manifestando que la manutención del menor es gracias a la ayuda de sus padres, agrega que, el accionante no tiene ningún interés en visitar a su menor hijo, pues según los correos enviados, son sus señores padres los más interesados en que el menor sea externado de su hogar materno; añade que, el hecho que contra el demandante no se haya

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

iniciado un proceso de alimentos, ello no implica que éste se encuentre cumpliendo con sus obligaciones alimenticias. En ese sentido, y luego de haberse realizado los actos procesales pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia emitió sentencia en la que se declara fundada la demanda de régimen de visitas e inaplica el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, respecto de la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria, Resolución que fue confirmada por la Sala Superior; en ambos casos, sustentaron sus decisiones en el principio de Interés Superior del Niño.

OCTAVO.- El artículo **88° del Código de los Niños y Adolescente**, dispone lo siguiente: *“Los padres que no ejerzan la Patria Potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el Régimen de Visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.*

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar”. (Lo subrayado es materia de inaplicación)

NOVENO.- Por su parte, la sentencia de segunda instancia, objeto de consulta, si bien es cierto no resuelve expresamente inaplicar el artículo mencionado anteriormente; sin embargo, en la parte considerativa fija que el criterio de interpretación constitucional aplicable para este caso de Régimen de Visitas es el de favorecer los derechos humanos, especialmente los que tienen los niños y aquellos derechos derivados del vínculo familiar, como es la relación paterno filial, a tener una relación con sus padres y no ser privados de ese contacto, en tanto no existan razones justificadas como la protección de la integridad física y psicológica del menor; agrega que, habiéndose determinado que, lo que se tutela mediante un proceso de

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

régimen de visitas es el derecho del niño, que prima sobre el de los padres, resulta imperiosa la necesidad de que éste se establezca a fin que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de asegurar su desarrollo e integridad psíquica.

DÉCIMO.- En cuanto al Régimen de Visitas, Enrique Varsi Rospigliosi⁴, “Derecho de Relación – Régimen de Visitas y Derecho a la Comunicación entre los Parientes”, indica: *“Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación paterno filial”*, agrega que, la finalidad de la misma es lograr la comunicación con el hijo el cual constituye un valioso aporte al crecimiento afectivo, por lo que debe asegurarse, promoverse y facilitarse aquel contacto; esto es, *“Su finalidad es el fomento y favorecimiento de las relaciones personales, la corriente afectiva entre los seres humanos prevaleciendo el beneficio e interés del menor”*.

DÉCIMO PRIMERO: Sobre el Interés Superior del Niño, Niña y Adolescentes, el fundamento 14 de la STC N° 4058-20 12-AA, del treinta de abril de dos mil catorce, señala: *“En anterior oportunidad el Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que ‘La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)’.* Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la ‘Convención sobre los Derechos del Niño’ de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.° 25278 d el 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante N°25302, publicada el 4 de enero de 1991, se

⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Jurisprudencia sobre Derecho de Familia. Gaceta Jurídica – Lima 2012

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

declaró de preferente internacional la difusión de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

DÉCIMO SEGUNDO: Respecto de lo último anotado, Interés Superior del Niño, es necesario precisar que, el numeral 4 del artículo 27 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, establece: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas **para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño**”.* Concordante con ello, el artículo 472 –original- del Código Civil, prescribe: **“Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”** (Resaltado agregado). Es decir, que, *los alimentos son un instituto de amparo familiar.*

DÉCIMO TERCERO: Asimismo, el artículo 6 de la Constitución Política del Estado, puntualiza: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. **Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.** (...).”* (Resaltado agregado)

Respecto a los alimentos, se puede entender que, *“La obligación alimentaria surge generalmente por mandato de ley y, excepcionalmente, en virtud de la autonomía de la voluntad. La ley impone la obligación alimentaria por diversos motivos, aunque basada en un mismo fundamento ético: el deber de asistencia y de solidaridad para la conservación de la persona. La Ley, por lo tanto, se constituye como la principal fuente de los alimentos. (...).”*⁵.

⁵ Libro “El Derecho de Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, de Benjamín Aguilar Llanos, Pag. 67, Primera Edición Julio 2013.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

DÉCIMO CUARTO: *El Tribunal Constitucional, respecto al Control Difuso en el expediente 1680-2005-PA/TC del once de mayo de dos mil quince, en el fundamento 2, precisa: “Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)”. Aunado a ello, el fundamento 4 y siguientes, señala: “4. Por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infra ordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado.*

Un límite, por cierto, al que se suman otros de no menor importancia.

5. A) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no sólo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (nemo iudex sine actor).

7. C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio”.

DÉCIMO QUINTO: Siendo esto así, como se observa en la sentencia materia de consulta, se sustenta la inaplicación de la norma, en que existiría incompatibilidad con la Constitución, por lo que al estar en juego la integridad psíquica del niño, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía con el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella; pero, como se recuerda, que, al tratarse de un control difuso, en donde se prefiere la norma constitucional sobre una norma legal; es lógico que el Juzgador debe justificar las razones del por qué se aparta de la norma legal, en este caso, del artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, en lo referente a la acreditación del cumplimiento de la obligación alimenticia, y preferir la norma constitucional.

DÉCIMO SEXTO: Así, de lo acabado de mencionar es fácil advertir que, si bien mediante un régimen de visitas se busca que un menor se interrelacione con el padre o madre que no posee la custodia para fortalecer los vínculos afectivos; sin embargo, de las normas citadas anteriormente,

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA

también se observa que el Estado es el encargado de proteger los alimentos de un menor, pues aquellos son indispensables y servirán para su subsistencia; por tanto, atendiendo al objetivo del Estado relacionado con un menor, es que surge el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, en donde se fija claramente que el padre o madre que solicita el régimen de visitas debe acreditar estar al día en los pagos de las pensiones alimenticias o la imposibilidad de su cumplimiento.

DÉCIMO SÉTIMO: Por tanto, en el caso que nos ocupa, el Juzgado de Familia inaplica el artículo 88 del código ya señalado, en el extremo de la acreditación del cumplimiento de la obligación alimenticia, basando su decisión en el principio del interés superior del niño, respecto únicamente al vínculo afectivo; ello, debido a que en un proceso de régimen de visitas lo que se tutela es el derecho del niño, que prima sobre el de los padres, es por eso que se busca su desarrollo e integridad psíquica; sin embargo, se debe tener presente lo señalado en el artículo 6 de la Constitución Política del Estado referido al deber y derecho de los padres de alimentar a sus hijos, pues, es indudable, que el derecho a los alimentos de un menor, también se encuentra protegido constitucionalmente. En este sentido, la Sala Superior, a pesar de confirmar el régimen de visitas establecido a favor del demandante, con buen criterio, reconoce que dicha persona también tiene que acreditar ante el órgano jurisdiccional que, en la medida de sus posibilidades, cumple con sus obligaciones alimenticias respecto a su menor hijo, con lo cual se garantiza la subsistencia del menor.

DÉCIMO OCTAVO: Por tanto, teniéndose en cuenta que en el presente caso se encuentra involucrado un niño y por ende debe ser tratado como un problema humano, conforme al artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, al haberse realizado por la Sala Superior, una interpretación conforme a la Constitución del citado artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes, teniendo en consideración también lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Fundamental y el artículo 27 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, corresponde aprobar la consultada que fija el

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 13844 - 2016
DEL SANTA**

régimen de visitas e impone al demandante la obligación, a partir de la fecha que haga ejercicio de su derecho, acreditar que viene acudiendo con alimentos a favor de su menor hijo.

V.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones: **APROBARON** la sentencia consultada, por control difuso, para este caso en concreto, contenida en Resolución número doce expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, de fecha veintidós de Junio del dos mil dieciséis, de fojas ciento diecisiete; en los seguidos por Johan Jeremy Zavaleta Rodríguez en contra de Saori Tamiko Kuroda Calvo, sobre Régimen de Visitas; y los devolvieron.- ***Interviene el señor Juez Supremo Ponente, Bustamante Zegarra.-***
S.S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Rpt/Cmp