



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 5534-2016**  
**LIMA**

Lima, dieciséis de agosto  
de dos mil dieciséis.-

**I.- VISTOS;** con el expediente principal; y, **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Es materia de consulta la resolución número ocho, de fecha quince de setiembre de dos mil quince, obrante en fojas quinientos cincuenta y tres, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, por considerar acertado el control difuso sobre el artículo 923° del Código Civil por incompatibilidad con el artículo 4° de la Constitución Política del Estado.

**SEGUNDO:** Debe entenderse por control constitucional a aquel mecanismo que verificará si las leyes contradicen a la Constitución Política del Estado en la forma o el fondo; y hablamos de control de legalidad, cuando se verificará si las normas de menor jerarquía contravienen a normas con rango de ley. Sin embargo, tanto el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas jurídicas comprenden la protección de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Carta Magna, en el marco de un régimen democrático de gobierno.

**II.- SISTEMA MIXTO DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

**TERCERO:** Siendo esto así, en la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas; uno de ellos originario del sistema *Common law* norteamericano, conocido como *Judicial Review*, y que en nuestro medio se le identifica como *control difuso*; este modelo se remonta en sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el Caso *Marbury vs Madison*<sup>1</sup> en Estados Unidos de Norteamérica en el año mil ochocientos tres; en este caso se señala que todos los Jueces y todos los Tribunales deben decidir en los casos concretos que le sean sometidos de

<sup>1</sup> **ALEJANDRO AMAYA**, Jorge; "Marbury Vs Madison" – Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad, 1ª Edición, Rosario Ediciones AVI SRL, 2013, pág. 1 13  
(...) "De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU., confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, si como los demás poderes, están obligados por ese instrumento"



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 5534-2016**  
**LIMA**

conformidad con la Constitución Política del Estado, inaplicando la ley que contraviene a ella. El otro, de origen europeo continental, conocido como el sistema de *Control Concentrado*; doctrina autorizada atribuye su creación a las ideas, vinculadas a la famosa pirámide jurídica, promovidas desde mil novecientos veinte por Hans Kelsen, con la Constitución de Austria, perfeccionada con la Constitución de mil novecientos veintinueve; la característica relevante de este sistema es que deja el control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un solo órgano o tribunal *ad hoc*, con facultad de expulsar del ordenamiento jurídico a estas cuando contravienen la Constitución Política, por el fondo o la forma; en este modelo dicho órgano constitucional actúa como legislador negativo.

**CUARTO:** La Constitución peruana -vigente desde mil novecientos noventa y cuatro- ha adoptado el **sistema mixto de control constitucional**; ello significa que existe instalado en nuestra estructura jurídica constitucional no solo el control en abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el que se ejerce a través de un órgano constitucional autónomo –Tribunal Constitucional<sup>2</sup>;- con el poder de decidir cuándo una ley o norma con rango de ley es incompatible en todo o en parte con la Constitución, sea por la forma o por el fondo; sino que además se ha autorizado a los jueces ordinarios –del Poder Judicial- a efectos que ejerzan el control sobre la constitucionalidad de las normas legales en las causas que de manera específica se ventilan ante sus despachos.

**4.1.-** Bajo este contexto, debemos entender que el *Control Difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad; siendo que la ley no dejará de estar vigente, y solo se inaplicará al caso litigioso. Pudiéndose entender que este modelo, únicamente se aplicará en una controversia específica, real y concreta, es decir, se aplica a un proceso instaurado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad, no puede ni va más allá de los límites

---

<sup>2</sup> **Art. 201 de la actual Constitución Política del Estado**, establece que : “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...”.



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 5534-2016**  
**LIMA**

del proceso mismo; es por ello que se puede asegurar que los efectos de la aplicación de este control solo afectará y/o traerá consecuencias jurídicas a las partes vinculadas al proceso, por ende no es *erga omnes*.

**III.- MECANISMO PROCESAL DE LA CONSULTA**

**QUINTO:** De la misma manera, corresponde entender que la *Consulta* es 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 este el de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

**SEXTO:** En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>3</sup> ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver, 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; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional, las mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema si no fueran impugnadas.

**IV.- CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL EJERCIO DE CONTROL DIFUSO POR LOS JUECES.**

---

<sup>3</sup> **Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.**

**Artículo 14.-** De conformidad con el Art. 138 de la Constitución, 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**  
**EXPEDIENTE N° 5534-2016**  
**LIMA**

**SÉTIMO:** Sin embargo, este control constitucional debe ejercerse como *última ratio*, dado que no puede soslayarse la función legislativa que le asigna la Carta Magna al Congreso de la República, pues por tal hecho las leyes promulgadas se presumen constitucionales, y se entiende que deben guardar estrecha armonía entre sí, así como con la Carta Magna; tal presunción acompaña de igual modo a los demás procedimientos de creación legislativa reconocidos por la Carta Política.

**OCTAVO:** Bajo este contexto, una de las manifestaciones del carácter eminentemente excepcional que distingue a la prerrogativa del control difuso se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual declara: “*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*” (subrayado agregado).

**V.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 923° DEL CODIGO CIVIL EN EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO PATRIMONIAL.**

**NOVENO:** En el presente caso, la resolución materia de consulta ha sido elevada a esta Suprema Sala por las instancias inferiores en aplicación del inciso 3 del artículo 408°, del Código Procesal Civil, con la intención de someter a valoración el ejercicio del control difuso llevado a cabo en dicha resolución, respecto al artículo 923° del Código Civil; como se sabe dicha norma civil define el derecho real de la propiedad, y establece que se trata del poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; agrega la citada norma que, tal derecho debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley; estamos, en estricto, frente al derecho real más importante, en torno al cual giran los demás derechos reales.



**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 5534-2016  
LIMA**

**9.1.-** Para los fines de un mejor análisis, es bueno distinguir entre propiedad y derecho de propiedad; como bien lo señala Eduardo Novoa<sup>4</sup>, la propiedad alude a una cierta relación del hombre con los bienes que le ofrece la naturaleza, y está asociada a la vasta idea económico-sociológica del patrimonio; indica el citado autor que esta figura expresa una vinculación de pertenencia de algo a alguna o algunas personas y está dotada de un acento económico muy particular; concluye señalando que la propiedad tiene un sentido amplio, que sobrepasa lo puramente jurídico; en cambio, agrega Novoa, el derecho de propiedad corresponde a una categoría propia del derecho y expresa un poder jurídico especial, de muy dilatado contenido; tal derecho corresponde a una persona sobre una cosa del mundo exterior; termina señalando que su sentido tiene una clara connotación subjetiva. Nos interesa, en el presente caso, la segunda de las figuras mencionadas, por tratarse, en el presente caso, de una controversia referida al ejercicio del derecho de propiedad, cuyo concepto ha sido recogido en el artículo 923° del Código Civil.

**DÉCIMO:** Ahora bien, se advierte de las resoluciones expedidas por los órganos de instancia, que en ellas se establecen la existencia de incompatibilidad entre el derecho de propiedad del demandante, respecto del predio materia de este proceso previsto en el artículo 923° del Código Civil y el principio referido al interés superior del niño que guarda concordancia con el artículo 4° de la Constitución Política del Estado, que obliga al Estado a proteger especialmente al niño, debiendo prevalecer este derecho fundamental frente al de propiedad del demandante, conforme se verifica del fundamento duodécimo de la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista.

**10.1.-** Se explica en las citadas sentencias que en el inmueble de propiedad del demandante, materia de este proceso, reside con la demandada una hija de ambos, de nombre [REDACTED], quien es menor de edad; se indica que por ello existen sendas sentencias de alimentos que obligan al demandante en estos autos, a acudir a la citada menor con pensión alimenticia;

---

<sup>4</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho de propiedad privada". Editorial Temis Librería. Bogotá Colombia. 1979. Pág. 11.



**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 5534-2016  
LIMA**

por otro lado, se aprecia del fundamento décimo de la sentencia de vista, que la citada menor padece de Síndrome de Down, y que por ello, las sentencias de alimentos que ordenan el pago de la pensión servirán también para velar por su tratamiento constante y adecuado, siendo imprescindible –agrega- que se provea de mayores recursos para cubrir sus gastos de salud y educación por la discapacidad que sufre.

**10.2.-** Siendo que el demandante está haciendo valer la pretensión de reivindicación del predio que es propietario, como así ha quedado establecido por el Juez y la Sala Superior en estos autos, esta pretensión solo podrá prosperar si la parte demandada posee el bien sin título alguno o sin causa legal que justifique jurídicamente la posesión; ello, en razón que el derecho de propiedad se ejerce dentro de los límites de la ley; en el presente caso, ha quedado establecido que la demandada ejerce la tenencia de una menor que resulta ser hija del demandante; entonces, el demandante tiene el deber de asistencia previsto en el artículo 474° del Código Civil, y se encuentra por ello legalmente obligado a proveer a su subsistencia, acudiendo con recursos suficientes que le permita el sustento, habitación, vestido, educación, entre otros conceptos previstos en el artículo 472° de la misma norma legal.

**10.3.-** Por otro lado, más allá de la obligación de asegurar una vida sana y digna a su menor hija proveyendo de recursos necesarios a título de alimentos, la condición de hija menor del demandante y la situación de salud que padece Síndrome de Down, configura una particular situación jurídica que hace inviable la pretensión postulada, pues en estricto la demandada y su hija que es también del demandante, cuentan con título posesorio válido para permanecer en el inmueble de propiedad del demandante, pues repugna al derecho y la justicia permitir que una persona prive forzosamente de la posesión del bien de su propiedad a su menor hija, exponiéndola a los riesgos de inseguridad física y moral.

**DÉCIMO PRIMERO:** De lo expuesto en el fundamento que antecede, se advierte que la demanda resulta inviable, no por incompatibilidad con norma constitucional alguna, sino en razón que la demandada cuenta con causa legal





**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 5534-2016**  
**LIMA**

suficiente que justifica la posesión del bien, materia de este proceso. Siendo ello así, no existe sustento en el presente caso que motive elevar en consulta a esta Suprema Sala lo resuelto por los órganos jurisdiccionales inferiores; al no haber ocurrido en estricto la inaplicación de una norma legal, corresponde invalidar –únicamente– el extremo de la decisión que dispone la presente consulta, sin afectar la vigencia de los demás extremos de la decisión adoptada por los órganos de instancia.

Por estas consideraciones, se declara **NULA** la resolución número ocho, dictada el quince de setiembre de dos mil quince, obrante en fojas quinientos cincuenta y tres, por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; así como la resolución número treinta y cinco, de fecha doce de diciembre de dos mil trece, dictada por el Tercer Juzgado Civil de la citada Corte; únicamente, en el extremo que dispone **ELEVAR EN CONSULTA** los actuados, dejando a salvo para todos sus efectos sus demás extremos; en los seguidos por Mario Duval Sánchez Mérida contra Haydee Mirtha Huamán Martel, sobre Reivindicación; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Lama More.-**

**S.S.**

**LAMA MORE**

**VINATEA MEDINA**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**TOLEDO TORIBIO**

**MALCA GUAYLUPO**

*Pfa/Oaa*