



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

Lima, ocho de agosto
de dos mil diecisiete.-

VISTOS; con el acompañado; y, **CONSIDERANDO:**

I.- MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta la sentencia expedida por el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos dieciocho, que **inaplica para el presente caso el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil**, asimismo, declara fundada la demanda interpuesta por [REDACTED] en contra de [REDACTED] y [REDACTED], sobre adopción de la niña [REDACTED] y, aprueba la adopción de la menor citada, dejando de pertenecer esta última a su familia consanguínea paterna mas no materna, conservando los lazos con la madre y el apellido de esta.

II.- DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS

2.1. Como pretensión principal, el actor demanda la adopción de la menor [REDACTED], de nueve años de edad, con el objeto que se le declare padre adoptivo de dicha menor con todas las obligaciones y derechos que la ley concede a todo progenitor; excluyendo a su padre biológico [REDACTED]; manteniéndose totalmente vigente la maternidad de la señora [REDACTED]. En forma acumulativa, pretende el demandante: i) Se ordene la cancelación de la partida de nacimiento N° 64807892 correspondiente a [REDACTED] y se ordene la expedición de una nueva partida de nacimiento, en donde se le considere como su progenitor y a la menor se le consigne su apellido; ii) Se ordene el cambio de datos de la menor al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec ordenando la expedición de un nuevo Documento Nacional de Identificación - DNI con sus nuevos datos; iii) Se ordene el cambio de los datos de identidad de la menor con sus nuevos datos de acuerdo a la adopción aprobado en los registros escolares, tanto en



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

la institución educativa como en la UGEL a la que corresponda, y en cuanto registro sea necesario; y, iv) Se remitan los partes judiciales para hacer efectiva la actualización de datos solicitados.

2.2. Como sustento de la demanda, sostiene el actor que con fecha veintiocho de abril de dos mil seis nació la menor [REDACTED], siendo sus padres [REDACTED] y la señora [REDACTED] con la cual contrajo matrimonio el día diecisiete de enero de dos mil quince, luego de una relación sentimental. Precisa el demandante que durante la convivencia se ha hecho cargo de atender las necesidades de su familia, incluyendo las de la menor citada, a quien ha prolijado y con quien ha constituido una familia junto con su esposa e hija, [REDACTED] quien nació el tres de marzo de dos mil diez.

2.3. Respecto del demandado [REDACTED] menciona el actor que no se ha interesado en visitar a la menor, tampoco ha cumplido con sus obligaciones económicas, morales ni sentimentales, pues dichas necesidades las han proveído el demandante junto con su esposa supliendo la figura paterna. Finalmente, señala el demandante que la menor citada se siente plenamente identificada con él en la relación padre – hija, lo llama “papá”, tiene la confianza suficiente para solicitarle lo que le hace falta, pues las necesidades básicas y reglars de alimentación, vivienda, educación y vestido los tiene sin pedírselos. Sostiene que es deseo de [REDACTED] ser adoptada por el suscrito y llevar su apellido, situación que comparte totalmente dado que han formado una familia, faltando que únicamente se le otorgue la formalidad legal a su posición de padre que ha venido ejerciendo desde el dos mil ocho, cuando la menor tenía dos años y seis meses de edad.

III. CONSIDERANDO

PRIMERO.- SOBRE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE CONSULTA



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

1.1. 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.

1.2. 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* de mil ochocientos tres, cuando el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica inaplicó, para el caso concreto, la *Judiciary Act* de mil setecientos ochenta y nueve por considerarla contraria a lo establecido en la Constitución Federal de mil setecientos ochenta y siete. A esta técnica se le conoce como *judicial review*¹.

1.3. En lo referente a la recepción peruana de esta técnica jurisprudencial norteamericana, aún cuando se enuncia en sentido negativo, la Constitución de la República Peruana de mil ochocientos cincuenta y seis estableció en su artículo 10: “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. A la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis le siguió la Carta Magna 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 en el artículo XXII del Título Preliminar señaló que: “*Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera*”. Finalmente, ya en el plano constitucional, la Constitución Política del Perú de mil novecientos sesenta y nueve estableció en su artículo 236: “*En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez*

¹ Cfr., entre otros, García Belaúnde, Domingo. “ El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema”. Ponencia del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

1.4. 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”.*

1.5. 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 sesenta y nueve², 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. Como puede observarse, 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 que: *“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.

1.6. 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

² Ahora artículo 138 del Constitución Política de mil novecientos noventa y tres.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

practicado puede resultar constitucionalmente admisible o no. De este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe 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 asuntos de su competencia.

1.7. Ello ha quedado claramente establecido 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 este mismo precepto, aún cuando contra estas no quepa recurso de casación”*. Por lo tanto, 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 este.

1.8. Además de 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 del 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 de Justicia de la República, al momento de revisar la constitucionalidad por



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

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.

1.9. Este contexto normativo permite concluir que, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, confiándole a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional resulte constitucionalmente admisible o no. De este modo, será 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, uniformizar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA MATERIA DE LA CONSULTA

2.1. Como ya se ha precisado, la sentencia materia de consulta **ha inaplicado el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil**, precisando el *A quo*: i) Que, el adoptante goza de solvencia moral, como se acredita de fojas veintiséis a veintiocho, no registra antecedentes de carácter policial o penal, menos de carácter judicial; ii) Teniendo en cuenta que la edad del adoptante por lo menos debe ser igual a la suma de la mayoría del adoptante y la del hijo por adoptar, ha verificado que el adoptante, [REDACTED] nació el dos de abril de mil novecientos ochenta y tres según aparece en su documento nacional de identidad obrante a fojas dos, y la menor cuya adopción pretende nació con fecha veintiocho de abril de dos mil seis, según aparece en su documento nacional de identidad obrante a fojas tres, dando cumplimiento a lo requerido; iii) Con relación a que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento del cónyuge, en el presente caso, el Juez precisa que el demandante es casado con [REDACTED], como se verifica del acta de matrimonio obrante a fojas siete, quien es madre de la menor,



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

habiendo además prestado su asentimiento; iv) Sobre que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años, como en el presente caso, la menor cuenta con diez años de edad, habiendo prestado su asentimiento con la adopción; **v) Con relación a que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o curatela, el padre biológico de la menor a adoptar, según su acta de nacimiento obrante a fojas cinco, es [REDACTED], el cual manifestó expresamente que no está de acuerdo con la adopción;** finalmente tanto el requerimiento f) como el g) no corresponden cumplir para el caso concreto. Respecto al requerimiento e), el cual no fue cumplido, corresponde tener en cuenta que el demandado y padre biológico de la menor a adoptar, no ha precisado en forma alguna la razón por la cual se opone a la adopción.

2.2. Sin perjuicio de lo precisado anteriormente, la menor a adoptar [REDACTED] [REDACTED] como ya se ha señalado, ha prestado su asentimiento a la adopción, asimismo, dicha menor ha señalado en forma expresa que al demandante le dice "...papá, papito...", que en relación a su último cumpleaños "...mi papá biológico...ni siquiera se acordó, quien tampoco me llamó por teléfono...", que en relación al demandante señala que se preocupa de cubrir sus necesidades, y asimismo, que a su papa biológico lo quiere más o menos y al demandante sí lo quiere; concluyendo con esto que la participación del actor en la vida de dicha menor ha sido inexistente, situación distinta que le ofrece el demandante a la menor, pues conforme se aprecia en las diversas fotografías que obran a fojas noventa y dos al ciento uno, la menor comparte momentos familiares junto al demandante, su madre y la hija de ambos esposos.

2.3. Respecto al informe psicológico emitido con fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y siete, se aprecia el deseo notorio de la menor [REDACTED] de cambiarse el apellido, dado que considera al actor (actual pareja de su madre) como padre. En ese sentido, el juez sostiene respecto a la negativa del demandado a brindar



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

su autorización para la adopción, que dicha negativa no está fundada en razón alguna; evidenciándose que poco o nada tiene que ver con el interés superior de la menor. El respeto de los derechos del niño constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la Justicia Social y los Derechos Humanos, respeto que no solo implica brindar al niño cuidado y protección, sino que, adicionalmente determina reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño; y en el caso de autos, respetar el derecho que tiene la niña [REDACTED] al ser adoptada legalmente por quien viene siendo su imagen paterna estos años.

2.4. Concluye el *A quo* que es necesario inaplicar el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, por cuanto este contraviene tanto el interés superior de la niña por adoptarse, contemplado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño que es un Tratado sobre Derechos Humanos con rango constitucional, así como el derecho de la niña a que se proteja su familia, conforme lo prevé el artículo 4 de la Constitución Política del Estado. Finalmente, precisa el juez de la causa que conforme a lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución Política

del Perú, debe expedirse una nueva partida de nacimiento donde no se consigne la condición de hija adoptiva de la menor; y conforme al artículo 22 del Código Civil, disponer que la niña adoptada lleve como apellido paterno el del actor y conserve el apellido materno.

TERCERO.- TEST DE PROPORCIONALIDAD

3.1. En la normatividad vigente, se ha constitucionalizado el principio de proporcionalidad en el Título V de la Constitución Política del Estado que trata sobre las Garantías Constitucionales, exactamente en el último párrafo del artículo 200, en el que se dispone: ***“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

la declaración del estado de emergencia ni de sitio". Con relación al ámbito de proyección del principio bajo referencia, cabe precisar que no se circunscribe solo el análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo establece la disposición constitucional este principio permite examinar cualquier acto que restrinja un atributo de naturaleza subjetiva de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado.

3.2. Esta Sala Suprema a fin de determinar si efectivamente existe un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, conflicto en el que además se vulnera derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Estado procede a efectuar la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** que sirve para solucionar un conflicto de derechos, siendo su objeto: "el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma actuaría, al final de cuentas, como una 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 este Tribunal Supremo, donde se reitera que el referido test se encuentra estructurado en tres fases que comprenden: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto. En relación a ellos indica que: "*En primer orden, a través del examen de idoneidad, se evalúa el medio empleado por el legislador para la consecución de fin constitucional; es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional constituyendo una observación "medio-fin"*".

³ GRANDEZ CASTRO, Pedro. "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano", Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima, 2010, p. 347.

⁴ Sentencia de fecha diecisiete de marzo de dos mil quince; en los seguidos por Alfredo Sandoval Fernández contra Marjori Trujillo Guevara, sobre impugnación de paternidad (Considerando noveno).



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

3.3. Seguidamente, solo superado este primer examen, corresponde acudir al **examen de necesidad** que comprende una comparación entre los medios empleados 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 valúa 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 de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*⁵.

CUARTO.- FAMILIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

4.1. El artículo 4 de la Constitución Política del Estado reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; por ello, obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad por lo que *“tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

4.2. El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”*, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la Sociedad”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que *“la familia es el*

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
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

4.3. El Tribunal Constitucional⁶ ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre **el derecho del niño a tener una familia, como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de la dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar** reconocidos en los artículos 1 y 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado. Se trata de un derecho reconocido implícitamente en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.*

4.4. Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoció que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que aún cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar debe estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud. En este sentido el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquel, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como general la violación de su derecho a tener una familia. (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1817-2009-FC/TC, fundamentos décimo cuarto a décimo quinto).

4.5. Entonces, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 2892-2010-PH/TC



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

Declaración de los Derechos del Niño establece que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”*. Por eso ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social.

QUINTO.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

5.1. En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se *“funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”*⁷.

5.2. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su principio segundo establece: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin,*

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del veintocho de agosto de dos mil dos. Serie A N° 17, párr. 56



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". (Subrayado nuestro).

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"* (Subrayado nuestro).

5.3. Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, se estima que este

principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado. De ahí que, en virtud a este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Ello se justifica no solo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, el cual establece que *"todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado"*.

Por dicha razón, **este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales deban estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.**



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

5.4. En este contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, en las relaciones interindividuales o con sus familiares.

5.5. De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso *“ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en que se halla el niño”*⁸.

SEXTO.- ANÁLISIS DEL CASO

6.1. Respecto al tema de fondo que diera origen a la inaplicación de la norma en el caso concreto, tenemos a la adopción, la cual puede conceptualizarse como *“una institución tutelar del Derecho de Familia mediante la cual una persona adquiere de otra la calidad de hijo a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con ella. De esta manera, la ley crea una relación paterno filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos. Y es que la adopción emplaza al adoptado en el estado de familia de hijo. En este caso la familia queda estatuida por la ley”*⁹.

6.2. Al respecto tenemos que en el artículo 378 del Código Civil se establecen los requisitos para adopción, dentro de los cuales, en el inciso 6 se requiere: *“Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su*

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del veintiocho de agosto de dos mil dos. Serie A N° 17, párr.61.

⁹ Enrique Varsi Rospigliosi, Código Civil Comentado, tomo II PRIMERA PARTE, Gaceta Jurídica, p. 664, Perú.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

propia potestad o bajo su curatela”, siendo esta norma la inaplicada por la instancia de mérito. Cabe precisar que esta exigencia tiene sustento en la afectación directa y profunda a los padres por este hecho. Por ello, este asentimiento de los padres se dará siempre que los hijos estén bajo su custodia legal, sea siendo menores de edad (patria potestad) o incapaces por algún tipo de deficiencia (curatela).

6.3. En ese sentido, si bien el asentimiento de los padres es esencial para la formalización de este acto jurídico familiar; también condiciona esta exigencia al hecho que el adoptado se encuentre bajo su propia potestad, entendiéndose a

esta como *“una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de estos”¹⁰* (resaltado y subrayado agregado); función que evidentemente no ha sido cumplida por el padre biológico de la adoptada, pues al rendir su declaración en la audiencia única¹¹, respondiendo a las preguntas formuladas, **ha manifestado que no visita a la menor, que no tiene ningún tipo de relación con la menor, porque no la ve, que no apoya con los gastos de la misma, y que no tiene comunicación con ella**; apreciándose de ello, un estado de abandono respecto a la atención mínima que requería su hija, tales como cariño, comunicación, alimentos, vestido y salud, entre otros.

6.4. En consecuencia, la falta de asentimiento por parte del padre biológico respecto a la adopción de autos no obedece a razones justificadas, y de hacerse exigible, se estaría limitando el derecho de la menor a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Máxime si la menor a adoptar [REDACTED], como ya se ha señalado ha prestado su asentimiento a la adopción;

¹⁰ Plácido Vilcachagua, Alex. Manual de Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima, 2002, pp. 317-318

¹¹ Obrante a fojas ochenta y cinco.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

ha declarado que al demandante le dice “papá”; precisando respecto a su último cumpleaños que su padre biológico ni siquiera se acordó, tampoco la llamó por teléfono; en cambio, el demandante se preocupa por ella; corroborando tal como lo ha señalado el Juez en la sentencia materia de consulta que la participación del padre biológico en la vida de dicha menor ha sido inexistente, situación distinta que le ofrece el demandante a la menor.

6.5. En ese orden de exposición, esta Sala Suprema verifica del informe psicológico emitido con fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y siete, el deseo notorio de la menor [REDACTED] [REDACTED] de cambiarse de apellido por considerar al demandante como padre. Entonces, la negativa del padre biológico a brindar su autorización para la adopción no está fundada en razón alguna, evidenciándose que poco o nada tiene que ver con el interés superior de la menor y el resguardo de sus derechos fundamentales a la integridad, a una familia y a una vida digna, respetándose el derecho que tiene la niña [REDACTED] de ser adoptada legalmente por quien viene siendo su imagen paterna estos años.

6.6. En consecuencia, este Tribunal Supremo corrobora que el demandante brinda amor, cuidados y protección a la menor, haciéndola participe de su entorno familiar, habiendo cumplido además con los demás requisitos exigidos por el artículo 378 del Código Civil, mientras que su padre biológico no ha mostrado el interés suficiente por la menor. En atención a lo antes señalado y teniendo en consideración que la Constitución Política del Estado establece que la persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado, y que se protege especialmente al niño y a la familia; asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes prescribe que en toda medida que adopte el Estado concerniente al niño se considerará el interés superior de este y el respeto a sus derechos, y que todo menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, este Tribunal coincide con el



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

criterio del Juez del Juzgado de Familia respecto a inaplicar el requisito contenido en el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil.

Por estos fundamentos: **APROBARON** la sentencia expedida por el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos dieciocho, que **inaplica para el presente caso el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil**, asimismo, declara fundada la demanda interpuesta por [REDACTED] en contra de [REDACTED] y [REDACTED] sobre adopción de la niña [REDACTED]; y,

aprueba la adopción de la menor citada, dejando de pertenecer esta última a su familia consanguínea paterna mas no materna, conservando los lazos con la madre y el apellido de esta; en los seguidos por [REDACTED] en contra de [REDACTED] y otras, sobre adopción; y, *los devolvieron*. **Interviene como Juez Supremo Ponente el señor: Vinatea Medina.**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

MONTES MINAYA

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

CARTOLIN PASTOR

Mcc/Acc



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO
CARTOLIN PASTOR SON LOS SIGUIENTES:**

I. MATERIA DE CONSULTA:

Ha sido elevado en consulta a esta Sala Suprema¹² la sentencia de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis¹³, por la cual el **Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa**, en ejercicio del control constitucional difuso, declaró inaplicable el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil por incompatibilidad con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, y por tanto, fundada la demanda sobre adopción; en el proceso seguido por [REDACTED] contra [REDACTED] y [REDACTED].

II. ANTECEDENTES:

2.1. De la pretensión contenida en la demanda

Por el escrito de fecha once de abril de dos mil dieciséis¹⁴, subsanado por el escrito de fecha diez de mayo del mismo año¹⁵, [REDACTED] [REDACTED] interpuso demanda sobre adopción de la menor de edad [REDACTED] contra [REDACTED] y [REDACTED] padres biológicos de aquella.

En principio, el recurrente refirió que la menor nació con fecha veintiocho de abril de dos mil seis; y que, posteriormente, en el mes de julio del año dos mil nueve, luego de una relación sentimental de más de un año, inició una convivencia con [REDACTED], asumiendo las necesidades familiares, incluyendo las de la menor [REDACTED] a quien prohió y con quien constituyó una familia.

¹² La decisión objeto de consulta ha sido elevada en forma directa debido a que contra la misma no se interpuso recurso de apelación.

¹³ Obrante a fojas 218 del expediente principal.

¹⁴ Obrante a fojas 109 del expediente principal.

¹⁵ Obrante a fojas 129 del expediente principal.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

Señaló, a su vez, que con fecha tres de marzo de dos mil diez, nació su hija [REDACTED] quedando de esta forma constituida su familia con la demandada y las dos menores de edad; es así que, según expuso, con fecha diecisiete de enero de dos mil quince contrajo matrimonio con [REDACTED] ante la Municipalidad Distrital de Miraflores en el departamento de Arequipa, con la intención recíproca y voluntaria de formalizar la unión de hecho, la cual venía dándose desde el año dos mil nueve.

Sostuvo que durante la convivencia y el posterior matrimonio con la demandada, compartieron las responsabilidades del hogar, la atención y el cuidado de las niñas, sin hacer ninguna distinción entre ellas, quienes se encuentran siguiendo sus estudios escolares.

Respecto del demandado [REDACTED] señaló que este no se interesó ni cumplió con las obligaciones económicas, morales y sentimentales para con la menor [REDACTED], las que han sido cubiertas por su persona y su esposa (demandada).

De igual manera, sostuvo que la menor se encuentra plenamente identificada consigo, en una relación de padre – hija, siendo su deseo el ser adoptada y llevar su apellido. Anotó que desde el año dos mil ocho, cuando la mencionada niña tenía dos años y seis meses de edad, ha venido ejerciendo las funciones de padre, por lo que solicita que se formalice legalmente su posición, pues ello aportaría una vida estable y saludable para la menor, quien está próxima a la etapa de la adolescencia.

2.2. De lo alegado por la parte demandada

Por el escrito de contestación a la demanda, de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis¹⁶, la demandada [REDACTED] se allanó a la pretensión de la demanda sobre adopción interpuesta por [REDACTED], dejando constancia que ello de ninguna forma debe implicar la pérdida de su vínculo materno con la menor [REDACTED].

¹⁶ Obrante a fojas 142 del expediente principal.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

Alegó que es cierto lo sostenido por el demandante, respecto a que a partir de julio de dos mil nueve iniciaron una convivencia junto con la menor [REDACTED] y que en esa circunstancia fue que posteriormente nació su hija [REDACTED], formando una familia unida. De igual modo, señaló que con fecha diecisiete de enero de dos mil quince, contrajo matrimonio con el demandante ante la Municipalidad Distrital de Miraflores en el departamento de Arequipa.

Expresó que durante la vida en familia, su esposo (ahora demandante) se ha hecho cargo de sus hijas; asimismo, que la menor [REDACTED] lo identifica como padre y desea su adopción, lo cual conllevaría a una mayor estabilidad emocional de la misma al consolidar un hogar con la incorporación legal de la menor como hija del recurrente.

2.3. Fijación de punto controvertidos

Teniendo por apersonada a la demandada, y declarado en rebeldía el demandado¹⁷, el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la resolución número nueve, de fecha tres de noviembre de dos mil dieciséis¹⁸, fijó los siguientes puntos controvertidos: **a)** Determinar la concurrencia de los requisitos exigidos por el Código Civil, para la adopción pretendida; y **b)** determinar si las partes se encuentran incursas dentro de la causal de excepción que se invoca para la adopción.

2.4. Fundamentos de la sentencia materia de consulta

Se desprende de la sentencia contenida en la resolución número trece, de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis¹⁹, que el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa amparó la demanda interpuesta bajo los siguientes fundamentos:

¹⁷ Mediante la resolución número siete, de fecha 26 de septiembre de 2016, se resolvió declarar rebelde al demandado Luis Hernán Perea Aguilar.

¹⁸ Obrante a fojas 204 del expediente principal.

¹⁹ Obrante a fojas 218 del expediente principal.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

- El Juzgado indicó que en el caso de autos el demandante interpuso la acción a fin de conseguir la adopción de la menor [REDACTED], invocando la circunstancia de excepción prevista en el apartado a) del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, debiendo considerarse la aplicación de lo establecido por el artículo 22 del Código Civil. Asimismo, expuso que la adopción por parte del conviviente está permitida en nuestro ordenamiento legal en mérito a la Ley N° 30311, que modificó los artículos 378 y 382 del Código Civil, en donde incluso se aprueba la adopción por solo uno de los convivientes, requiriéndose para ello que concurra el asentimiento del otro.
- Respecto a la existencia e identidad de la preadoptada, menor de edad [REDACTED], señaló que ello se encuentra acreditado con el acta de nacimiento, donde consta que la misma es hija de [REDACTED] y [REDACTED], y que cuenta con diez años de edad a la fecha de expedición de la sentencia materia de consulta.
- Así también, refirió que se acreditó en autos el vínculo matrimonial existente entre el demandante [REDACTED] y la demandada [REDACTED], quien a su vez es madre de la niña por adoptar, de tal forma que se acreditaba la causal establecida por el inciso a) del artículo 128 del Código de los Niños y de los Adolescentes.
- Con relación al cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 378 del Código Civil, consideró lo siguiente: a) El demandante goza de solvencia moral, pues no registra antecedentes de carácter policial o penal, ni de carácter judicial, además de encontrarse mentalmente saludable; b) la edad del demandante es de treinta y tres años, y de la menor –cuya adopción se pretende– es de nueve años a la fecha de la presentación de la demanda, cumpliéndose con el requisito referido a que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; c) el demandante está casado con [REDACTED], quien es madre de



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

la menor a adoptar, y a su vez ha prestado su asentimiento para la adopción; y d) la menor a adoptar, quien contaba con diez años de edad al momento de efectuada la Audiencia Única, de igual forma, ha prestado su asentimiento a la adopción. Sin embargo, respecto al requisito concerniente a que los padres del adoptado asientan si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela, señaló que el demandado y padre biológico de la menor no estaba de acuerdo con la adopción.

- Al respecto, el Juzgado expresó que el demandado no precisó en forma alguna la razón por la cual se oponía a la adopción, pero que sin perjuicio de ello debía tenerse en cuenta que en la Audiencia Única la menor sí prestó su asentimiento a la adopción reconociendo al demandante como su padre, señalando que se preocupa de cubrir sus necesidades y además es a quien indicó querer más. Adicionalmente, sostuvo que de la declaración testimonial de la menor se desprende que la participación del demandado (padre biológico) en su vida ha sido inexistente, situación distinta a la que le ofrece el demandante; y finalmente, precisó que del informe psicológico realizado a la menor se concluye el notorio deseo de la niña de cambiarse de apellido, ya que considera a la actual pareja de su madre como padre.
- En ese sentido, la Judicatura resolvió inaplicar el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, por cuanto este (en el caso concreto de autos), contravendría tanto el interés superior de la niña, contemplado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que por ser un tratado que versa sobre Derechos Humanos tiene rango constitucional; así como el derecho de la niña a que se proteja su familia, conforme se prevé en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú.

III. CONSIDERACIONES

PRIMERO: De la cuestión fáctica en concreto



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

Dado que el control difuso se realiza en concreto y no en abstracto, resulta relevante determinar cuáles han sido los hechos fijados por el juzgador para subsumirlos a la norma correspondiente, y luego establecer si dicha norma trasgrede la Constitución, para poder ser inaplicada. Al respecto, de lo actuado en el proceso se pueden determinar los siguientes hechos:

- 1) De la copia certificada del Acta de Nacimiento de la menor [REDACTED]²⁰ se desprende que esta nació con fecha veintiocho de abril de dos mil seis, inscribiéndose como padres biológicos a [REDACTED] y [REDACTED].
- 2) El demandante [REDACTED] y la demandada [REDACTED] en el mes de julio del año dos mil nueve, iniciaron una convivencia en la que incluyeron a la menor [REDACTED].
- 3) De la copia certificada del Acta de Matrimonio²¹ se aprecia que con fecha diecisiete de enero de dos mil quince [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] contrajeron matrimonio ante la Municipalidad de Miraflores en el departamento de Arequipa.
- 4) En el Informe Psicológico de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis²², la Psicóloga del Centro de Salud Porvenir – Miraflores indicó lo siguiente: *“(...) se concluye el notorio deseo de [la menor] de cambiarse de apellido ya que considera a la actual pareja de su madre como padre, lo cual queda claro en sus respuestas. Además, se ve que el llevar diferente apellido en su familia le crea malestar”*.
- 5) En la Audiencia Única de fecha tres de noviembre de dos mil dieciséis²³ se solicitó el asentimiento de las partes involucradas, así como el de la niña [REDACTED], de cuya declaración se observa que reconoce al demandante Brayan [REDACTED] como padre, afirmando que es quien se preocupa por

²⁰ Obrante a fojas 5 del expediente principal.

²¹ Obrante a fojas 7 del expediente principal.

²² Obrante a fojas 67 del expediente principal.

²³ Obrante a fojas 204 del expediente principal.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

cubrir sus necesidades económicas, y que además está de acuerdo con que este la adopte.

SEGUNDO: De la norma presuntamente contraria a la Constitución

El Juez del Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ha ejercido el control constitucional difuso respecto de la siguiente norma del Código Civil:

“Artículo 378: Requisitos para la adopción

Para la adopción se requiere:

(...) 6. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela”

TERCERO: Norma constitucional presuntamente vulnerada

Constitución 1993

“De los Derechos Sociales y Económicos

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).”

CUARTO: Del mecanismo procesal de la consulta

4.1. En reiteradas sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que el mecanismo procesal de la consulta opera como una suerte de garantía procesal, que tiene como fin último que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional sea acorde a la Constitución, y que la medida correctiva de inaplicación de la norma al caso concreto sea la más adecuada y pertinente desde una mirada constitucional. En ese sentido, se entiende que la consulta tiene por finalidad asegurar el interés de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo procesal que busca verificar el control de legalidad de la resolución por haberse contrastado con el texto constitucional, lo que permite al máximo intérprete jurisdiccional asegurar la correcta interpretación y aplicación de la ley dentro del marco de la Constitución.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

- 4.2. Con relación ello, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-968-03, ha expresado lo siguiente: “(...) *A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que esta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida (...)*”²⁴.
- 4.3. En nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal de la consulta opera por mandato legal, conforme ha sido previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional y el Código Procesal Civil; y corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema validar el ejercicio del control difuso realizado por el Juez en todos sus niveles; de allí su importancia como mecanismo procesal que busca consolidar el ordenamiento jurídico observado desde la Constitución y el caso concreto.
- 4.4. Durante los últimos años nuestra jurisprudencia ha venido asentando el criterio de limitar el conocimiento de la consulta por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República cuando exista doble conforme. Sobre ello debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme respecto de dicho tema pues ha tenido dos criterios claramente marcados: por un lado, en algunos casos como las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 966-2006/Arequipa, 1288-2009/Lima, 1593-2007/Lima, 1618-2004/Lima, entre otros, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronunció declarando nula la elevación en consulta en razón de la

²⁴ Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-968-03.htm>



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

existencia de doble conforme; y por otro, a pesar de existir doble conforme, se pronunció sobre el fondo de la sentencia en consulta, sin haber declarado nula la resolución que dispuso la elevación de los actuados en consulta, como es de verse las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 2133-2005/Chincha, 3818-2009/Lima, 3311-2010/Lima, 2618-2011/Lima, 9214-2015/Lima, 17741-2017/Lima.

4.5. A fin de asumir una posición respecto del tema planteado, es necesario indicar que nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto al sistema judicial, contempla un esquema jerarquizado, cuya estructura consta de diversos niveles, según se determina en el artículo 26 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS:

- La Corte Suprema de Justicia de la República
- Las Cortes Superiores de Justicia, integradas por Jueces Superiores
- Los Juzgados Especializados y Mixtos
- Los Juzgados de Paz Letrados
- Los Juzgados de Paz.

4.6. Con relación al control constitucional difuso, debe señalarse que en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece que en todo tipo de procesos en los que los jueces ejerzan control constitucional difuso por existir incompatibilidad entre la norma aplicable al caso concreto y la Constitución, estos elevarán en consulta dicha sentencia, siempre que la misma no hubiese sido impugnada. Tal criterio también se aplica a las sentencias de segunda instancia que calcen dentro de este precepto.

4.7. De igual forma, de conformidad con lo establecido en el artículo 408 del Código Procesal Civil, en todos los casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se debe preferir la primera, es decir, proceder a ejercer el control difuso, y elevarse los actuados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

- 4.8.** El Código Procesal Civil, al regular el procedimiento de la consulta, no hace referencia al control constitucional difuso que ejercen los Jueces de Paz y Paz Letrado, solo se refiere a la consulta en el caso de determinadas resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, y de segunda instancia cuando no sean recurridas en casación; no obstante, se entiende que cuando los Jueces de Paz y Paz Letrado ejerzan control constitucional difuso respecto de una ley, sus pronunciamientos también deben ser elevados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.
- 4.9.** El Código Procesal Constitucional señala en su artículo 3 que las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República si no fueran impugnadas; y de la misma forma, las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.
- 4.10.** Asimismo, al igual que la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional, con relación a la consulta del control constitucional difuso, no hace distinción al nivel jerárquico del juez, ya que se refiere a que **“las decisiones jurisdiccionales”** en las que se ejerza control constitucional difuso son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas, señalando que en el caso de segunda instancia ocurre lo mismo.
- 4.11.** Por lo tanto, puede aseverarse que la premisa general es que el ejercicio del control constitucional difuso, por mandato legal, tiene que ser aprobado o validado, lo que se realiza a través del mecanismo procesal de la consulta. También se puede afirmar que por disposición de la ley, la consulta debe proceder en todos los procesos y especialidades de manera



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

obligatoria, por lo que de las normas mencionadas se desprende que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano jurisdiccional que debe conocer en última instancia el ejercicio del control difuso, a través de este mecanismo procesal.

- 4.12.** Consideramos que la mencionada Sala Suprema es la instancia correspondiente para determinar y analizar el ejercicio del control difuso, incluso cuando exista doble conforme en niveles inferiores, en primer término, porque la norma así lo dispone; y en segundo lugar, porque el recurso de apelación a que se refiere la norma debe entenderse para la Sala Superior, en todos los demás grados o instancias deberán ser elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; además, porque conceptualmente la consulta ha sido diseñada para que una máxima instancia pueda ejercer el control de legalidad, de tal forma que permita salvaguardar la Constitución y los derechos fundamentales.

QUINTO: Del control constitucional difuso

5.1. Alcances generales

El control constitucional difuso se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 138 de nuestra Constitución, concordante con el artículo 51 de la misma (referido a la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma). De otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su numeral 14, regula el control difuso de la Constitución, pero no solamente enuncia el principio, sino que también establece la forma cómo se ejerce. La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos contrarios con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados y rechazados por los jueces, quienes son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

El control constitucional difuso no es una institución jurídica propia de nuestro sistema, esta aparece notoriamente en los Estados Unidos de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

América en el año mil ochocientos tres, con la sentencia expedida por la Corte Suprema de dicho país en el proceso judicial 'Marbury versus Madison', bajo el sustento de la supremacía constitucional; de tal pronunciamiento se coligen dos premisas de suma importancia para el estudio del control constitucional: la primera está referida a que la Constitución es la norma fundamental y suprema de una Nación, y la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a la Constitución; de allí es que nace la facultad de los jueces de inaplicar una norma legal que contravenga a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha venido reafirmando que el ejercicio del control constitucional difuso corresponde a todos los jueces de la república como un poder-deber, por lo que resulta imperativo y obligatorio que el juez, en cada caso concreto, analice la constitucionalidad de la ley que va aplicar, conforme se advierte de la sentencia recaída en el Expediente N° 1679-2005-PA/TC [fundamento 2]: “ (...) *El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...)*”.

En esa misma línea, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, el Tribunal Constitucional, citando la anotada sentencia del caso 'Marbury versus Madison', indicó lo siguiente [fundamento 2]: “*El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales”.

En ese sentido, el contexto normativo del control constitucional en nuestro sistema jurídico permite concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad ni grado, confiándole a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la tarea de evaluar si este ejercicio jurisdiccional resulta constitucionalmente válido o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe 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 lugar, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

5.2. Marco jurídico del control constitucional difuso

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del control difuso se encuentra regulado normativamente en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

“Administración de Justicia. Control difuso.

Artículo 138.- (...)

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”.

Asimismo, en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se establece un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento, habiendo señalado en su primer y segundo párrafo lo siguiente:



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

“Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236° de la Constitución²⁵, 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. (...).”

De igual forma, en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha regulado el control constitucional en el siguiente sentido:

“Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

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. (...).”

5.3. Algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, ha afirmado que el ejercicio del control constitucional difuso es un deber del juez, y que por tanto la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino también como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda que los jueces de toda sede y grado procuren hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Constitución.

²⁵ La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138 de la Constitución Política vigente.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

Desde que se legisló el control constitucional difuso, ya sea legal (Código Civil de 1936) o constitucional (Constitución de 1979), no existen reglas procedimentales claras; por ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha señalado algunas sobre el particular, estableciendo sus límites conforme se detalla a continuación:

“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 solo 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 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 solo 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 agravo directo**, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. (...)

8. D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes **tampoco puede realizarse respecto de leyes o**



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su ‘cuidado’ es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia ‘especializada’. (...)” (resaltado agregado).

Asimismo, se han fijado excepciones a la regla antes señalada en el siguiente sentido:

“9.(...) expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal tiene que advertir que, como toda regla, esta tiene sus excepciones; a saber:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N°s. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional—, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.° 0014-2003-AI/TC y STC N.° 0050-2004-AI/TC)”.

Como se aprecia de las citas precedentes, el Tribunal Constitucional ha desarrollado algunos lineamientos que debe seguir el órgano jurisdiccional cuando en el ejercicio de su función, en un caso concreto, ejerza el control constitucional difuso.

5.4. La interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso

Dado que el ejercicio del control constitucional difuso se realiza en un caso concreto y tiene efectos jurídicos solo entre las partes intervinientes, la evaluación deberá realizarse a partir de los hechos probados (fijación de la cuestión fáctica) para subsumirlos a la norma legal correspondiente, y luego contrastarla con la norma constitucional a fin de verificar la existencia de una colisión con esta; de allí la relevancia e importancia de determinar la cuestión fáctica, ya que la norma en la cual se subsume será la que se enfrente al texto constitucional, siendo que de ningún modo el juzgador puede contrastar la norma legal con la Constitución si no tiene presente los hechos probados, admitir ello implicaría ir contra el texto constitucional.

En relación con la norma constitucional, en general, según Freixes y Remotti la Constitución “(...) *contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa (...)*”²⁶.

²⁶ Freixes, Teresa, y Remotti Carbonell José. 1992. Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 98-99. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79458.pdf>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

Dicho ello, debe tenerse presente que la técnica de interpretación llamada “(...) ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo”²⁷.

Al respecto, Daniel Vázquez explica el uso adecuado de la técnica de la ponderación en la interpretación constitucional, señalando cómo la doctrina en general lo precisa: “(...) cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para la regla no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy “Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren de ponderación. La Ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”²⁸.

En esa línea, reafirmando lo anteriormente señalado, el profesor José Carlos Remotti expresa lo siguiente: “La técnica de la ponderación o balancing resulta, pues, una herramienta clave para la resolución de conflictos entre valores constitucionales, entre principios constitucionales o en, su caso, entre derechos constitucionales, es decir entre instituciones de la misma naturaleza, estructura y función constitucional”²⁹.

Sobre el método de interpretación que debe utilizarse en el ejercicio del control difuso, el profesor José Carlos Remotti³⁰ señala: “Por el contrario, la ponderación no sería la técnica adecuada frente al conflicto que los

²⁷ Prieto Sanchís, Luis. 2002. *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Palestra Editores; pág. 212.

²⁸ Daniel Vázquez. 2016. *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; pág. 20

²⁹ Remotti, José Carlos. 2017. “Prologo” en Cartolin Pastor, Pedro. *El mecanismo Procesal de la Consulta en el Control Constitucional Difuso*; San Marcos; Lima; pág.16.

³⁰ Remotti, José Carlos. Ob. Cit. Pág. 17.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

derechos o demás reglas, valores y principios e instituciones constitucionales pudieran tener con bienes, aspiraciones o intereses sociales extraconstitucionales, puesto que el juez es garante de la Constitución y debe hacerla prevalecer por más clamor social o sintonía que pueda tener con aquellas aspiraciones o intereses sociales que pudieran estar en contradicción con lo establecido por la norma constitucional. Para estos casos es bueno recordar que la ponderación es una herramienta válida para resolver conflictos entre instituciones constitucionales (de la misma naturaleza). Si lo que se pretende es el reconocimiento de una pretensión individual o colectiva que esté fuera o en contradicción de los valores, principios o derechos constitucionales, lo que procede es iniciar el proceso de reforma constitucional. Además, la ponderación tampoco procedería en los casos de conflictos que pudieran producirse entre reglas, derechos, contenidos materiales, instituciones valores, principios constitucionales y lo establecido en una norma o disposición con valor de ley. **Lo establecido en una ley no se puede ponderar con lo establecido en la Constitución, sino que se tiene que adecuar a ella.** En ese caso, lo que procedería por parte del juez al ejercer el control difuso es la aplicación del imperativo constitucional, aplicando principios como el de adecuación o conformidad, pero en ningún caso la ponderación. Lo que sí correspondería al juez (...) es analizar si el legislador, al aprobar la ley en cuestión, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales” (negrita y subrayado nuestro).

En ese sentido, corresponde, en el ejercicio del control constitucional difuso, adecuar la norma a la Constitución, por lo que se requiere utilizar los criterios de aplicación normativa por jerarquía, orden cronológico o de especialidad, dejando de lado el método de interpretación de ponderación, puesto que en el control constitucional difuso está en conflicto una norma de rango legal frente a una de rango constitucional; no obstante, de existir contradicción entre dos principios o normas constitucionales, corresponderá recurrir a la técnica de interpretación de ponderación; en todo caso, respecto de la norma en conflicto, deberá evaluarse si el



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

legislador, al aprobar la ley cuestionada, ponderó adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales, como bien lo ha señalado el profesor José Carlos Remotti.

SEXTO: Análisis de la sentencia consultada

En el orden de ideas expuesto, habiéndose determinado el marco normativo y fáctico en el que se circunscribe la actuación del proceso judicial, corresponde analizar la validez del control difuso efectuado en la sentencia materia de consulta.

6.1. Descripción de lo que es materia de consulta

En el caso de autos, es en mérito a la declaración de la menor y a los medios probatorios actuados durante el proceso, que el Juez sustentó la necesidad de inaplicar para el presente caso el requisito para la adopción previsto en el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, y de esa forma acceder a la pretensión del demandante de “adopción de la menor [REDACTED] con el fin de que se le “(...) **declare padre adoptivo de la menor mencionada con todas las obligaciones y derechos que la Ley concede a todo progenitor (...)**”.

Así, la materia del asunto elevado en consulta radica en determinar si el hecho de haberse confirmado en el proceso judicial que el demandante cumple con los requisitos y el perfil idóneo para poder asumir la paternidad de la menor –en mérito del proceso de adopción– es razón suficiente y condición que justifique que el órgano jurisdiccional deje sin efecto, en esta ocasión, el vínculo legal y la patria potestad que ostenta el demandado [REDACTED] respecto de la niña [REDACTED] prescindiendo para tal fin del requisito para la adopción previsto por el legislador en el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil.

6.2. Del actuar de los que conocen casos en la que se discute derechos de los menores

En muchas ocasiones, las autoridades encargadas de resolver los problemas concernientes al derecho de familia, en los que se discutieran



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

intereses de menores de edad, han considerado a los adultos intervinientes como los únicos afectados en el proceso judicial, mientras que los menores de edad han sido valorados no como sujetos de derecho –esto es, personas–, sino como objeto de protección jurídica.

Por lo tanto, aquellos quienes conozcan y decidan con relación a derechos de menores deben actuar con suma responsabilidad, realizando un adecuado ejercicio de ponderación que tutele de manera efectiva el interés superior del menor, de forma tal que se superen aquellas interpretaciones en donde los derechos que le asisten a este son tratados bajo el amparo de normas que terminan constituyéndose en cómplice de la ruptura de la filiación, la cual –como veremos más adelante– no solo se agota en el ámbito biológico y legal, sino que alcanza la esfera psicológica del menor, generando una identidad y posición de estado de familia que le permita un desenvolvimiento correcto dentro de la sociedad; por ello, lo que se estime en cada caso singular debe sujetarse a lo señalado en el artículo 3 de la Convención del Niño y del Adolescente, no en el sentido de considerar a la protección del menor como el fin de la norma, sino por el contrario, el menor y su bienestar deberán ser la base que conduzca las actuaciones de la sociedad y el Estado; bajo ese concepto, consideramos que el sistema normativo debe interpretarse de la manera más favorable para el menor.

Por su parte, resulta necesario señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño consagra cuatro principios rectores que otorgan sustento a la legislación que verse sobre la infancia, uno de ellos es el de la participación infantil, recogido en el artículo 12 de dicho tratado, el cual reconoce el derecho de los menores a la libertad de expresión y a ser escuchado, tomando en consideración su opinión en armonía con su edad y madurez.

Es importante resaltar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en concordancia con la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, y a nivel nacional, los artículos 9 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

derecho de todo niño, niña y adolescente no solo a expresar su opinión, deseo y sentir sobre una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta, valorada por el operador jurídico al resolver la *litis*, en clara materialización del principio del interés superior del niño.

Asimismo, cabe destacar lo determinado en las “100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”, norma aprobada en el año dos mil ocho en Brasil y vinculante para el Perú al haber sido ratificada por el Poder Judicial en el año dos mil diez, dirigida a garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna. Este cuerpo normativo regula en la Regla 78 el derecho a ser oído y el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, consignándose expresamente que en los actos judiciales en los que participen menores de edad se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral.

De ahí que en concordancia con la Regla 78 antes referida, el Poder Judicial aprobó el “Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial en el marco de ejecución del Plan Nacional de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad 2016-2021”³¹.

De igual forma, la Ley N° 30466³² establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, definiéndolo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento; y del mismo modo, que el derecho del niño a expresar su propia opinión es una garantía procesal, y por ello resulta indispensable no solo escuchar la opinión del niño, sino que además la autoridad respectiva debe tomarla en cuenta la momento de resolver.

De ahí que la valoración que efectúe el Juez debe estar acompañada del uso de herramientas que no revictimicen o causen un perjuicio al estado

³¹ Protocolo aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 228-2016, de fecha 31 de agosto del 2016.

³² Publicada el 17 de junio de 2016 en el diario oficial “El Peruano”.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

emocional del menor, puesto que –como se ha señalado– el derecho del niño a ser escuchado y a que sea tomada en cuenta su opinión por parte de las autoridades que van a resolver procesos en los que se encuentren afectados sus derechos, tiene sustento legal en la convención citada en el párrafo precedente, estableciendo no solo un derecho en sí mismo “*sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos*”³³.

En tal sentido, el testimonio de un niño, niña o adolescente constituye un medio de prueba y debe ser tratado como tal, debiendo los jueces cautelar la forma cómo se recoge la información. Sobre el particular, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 12 (párrafo 43) señala que de acuerdo a la experiencia “*la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad*”, como podría ser mediante la Cámara Gesell, con la intervención del juez, fiscal y de las partes involucradas, a través de un profesional en psicología, previsto según el protocolo en el uso de este sistema para entrevistas únicas.

6.3. Cuestiones previas relevantes:

En el presente caso son dos temas los que deben tenerse presente para resolver la consulta planteada: el primero de ellos está relacionado con la protección de los derechos de la menor de edad; y el segundo, con el sentido que tiene la posesión de estado de familia de la menor de edad como hija.

En efecto, cabe señalar, conforme lo refiere el doctor Fernández Sessarego, la existencia de cuatro categorías de sujetos de derecho, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil: **a)** Las dos primeras categorías de sujetos de derecho, que están en relación al término persona, son la persona natural, referida al ser humano a partir de su nacimiento, y la

³³ Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño; p. 203. Recuperado de <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

persona jurídica, referida a la persona en su forma colectiva y organizada constituida formalmente como tal; y **b)** las otras dos categorías de sujetos de derecho, a quienes no se les atribuye la denominación de persona pero, al existir vida humana, cuentan con la calidad de sujetos de derecho, son el concebido y los colectivos u organizaciones de personas que no se encuentran formalmente constituidas.

Por ello, es necesario distinguir lo que implica ser un sujeto de derecho, en su categoría de ser persona natural, y lo que representa el objeto de protección jurídica. Así, expone que *“[l]os ‘derechos de la persona’ tienen la característica fundamental de que el objeto de protección jurídica se encuentra situado en el ámbito de la persona misma, del sujeto de derecho. El que el objeto de aquellos derechos se halle en el mundo personal, dentro del contorno mismo del ser humano, no significa, por cierto, que pueda haber una confusión entre el sujeto y el interés materia de tutela jurídica. El sujeto de derecho, en este caso, es el ser de la persona, lo que el hombre es en cuanto hombre. El objeto o interés sujeto a protección jurídica está constituido por aquello que sirve a la persona para existir, para ser ella misma, para realizarse conforme al llamado de su vocación dentro del contexto social al cual pertenece”*³⁴.

En esa línea, resulta relevante la posición asumida por la doctora Weinberg, en relación a poder identificar al menor de edad como sujeto de derecho, en el marco de la doctrina de protección integral vigente a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando anacrónica la concepción de la doctrina de la situación irregular respecto al niño como objeto de protección, al señalar lo siguiente: *“El hecho de considerar al niño como ‘sujeto de derechos’ tal cual lo entiende la doctrina de protección integral, o como objetos de ellos (doctrina de la situación irregular) tiene serias implicancias que a la postre se ejecuten. La llamada doctrina de la situación irregular concibe a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores*

³⁴ Fernández Sessarego, Carlos. 1985. Exposición de motivos y comentarios. Código Civil IV. Derecho de las Personas. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey. Perú- Pág. 56.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

sociales. Una definición basada en lo que no saben, no tienen, o no son capaces. De ahí que sean objeto de protección. En efecto, si se les considera como objetos de derechos no serán sus derechos los que deban ser protegidos, sino el niño mismo. A la inversa, considerado como titular de derechos, son éstos los que merecen protección”³⁵.

6.4. Consideraciones conceptuales respecto de las normas inaplicadas contrastadas con la base fáctica:

Derecho a la identidad

La identidad, como derecho, se constituye a partir de la relación jurídica paterno- filial, cuyo origen podría darse a partir de la procreación, como presupuesto natural y biológico; o a través del reconocimiento que conlleve asumir la responsabilidad del vínculo paterno-filial, como presupuesto jurídico. En este sentido, el derecho a la identidad, de acuerdo a lo referido por el jurista Fernández Sessarego, lo conforman todas aquellas características, particularidades y condiciones que permitan individualizar e identificar como única a la persona en el mundo exterior, presentándose este derecho bajo dos aspectos “*uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explye en el mundo de la intersubjetividad*”³⁶.

Considerando que toda persona crece, vive y se desarrolla bajo el concepto del “ser yo” único con características y signos objetivos o formales y subjetivos o sociales y culturales, que los distinguen de las demás personas, incluso dentro de su propio entorno familiar; resulta de gran importancia tomar en cuenta “*el novísimo concepto global de identidad, que combina la vertiente estática y la dinámica en una unidad,*

³⁵ Weinberg, Ines M. 2002. Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal-Culzoni Editores. Ciudad de Buenos Aires. Pág. 99 -100.

³⁶ Fernández Sessarego, Carlos. 1992. Derecho a la identidad personal. Astrea. Buenos Aires, 1992; Pág. 113-114.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

*supera la antigua y restrictiva concepción de 'identificación' con la que se aludía, únicamente, a la identidad estática. Esta última se manifestaba a través de las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos que determinaban un limitado concepto de 'identidad'. En la actualidad el concepto de identidad incluye todas las manifestaciones de la personalidad*³⁷.

*Asimismo, "cierto sector de la doctrina, en tiempos recientes, proclama la existencia de un derecho a la identidad que, aunque sin confundirse con el derecho al nombre, lo comprende. En sentido amplio este derecho supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser única y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedir se le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquella de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad. Diluyéndose en la propia individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es, estructural y simultáneamente, personal y comunitario"*³⁸.

En concordancia con lo referido por el doctor Fernández Sessarego, sobre el derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 2273-2005-PHC/TC (fundamento 22), ha señalado también lo siguiente: "*La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra además involucrada con una multiplicidad de supuestos que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos simultáneamente,*

³⁷ Fernández Sessarego, Carlos. 2003. "Persona" Revista Electrónica de Derechos Existenciales. Nro. 24. En: Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Astrea; Pág. 7.

³⁸ Fernández Sessarego, Carlos. 1985. Ob. Cit., Pág. 98.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos”.

Quando se hace referencia al derecho de identidad, resulta necesario tener presente *“el novísimo concepto global de identidad, que combina la vertiente estática y la dinámica en una unidad, supera la antigua y restrictiva concepción de ‘identificación’ con la que se aludía, únicamente, a la identidad estática. Esta última se manifestaba a través de las huellas digitales, la fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos que determinaban un limitado concepto de ‘identidad’. En la actualidad el concepto de identidad incluye todas las manifestaciones de la personalidad”*³⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la República⁴⁰ ha señalado sobre el particular lo siguiente: *“(…) respecto al **derecho a la identidad del menor**, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste 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 aún estado civil) y el dinámico, 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,*

³⁹ Fernández Sessarego, Carlos. 2003. “Persona” Revista Electrónica de Derechos Existenciales. Nro. 24. En: Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Editorial Astrea, página 7.

⁴⁰ Casación N° 950-2016, Arequipa, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre Impugnación de paternidad.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto (...)".

En este sentido, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que el derecho a la identidad a que se refiere el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Carta Magna "(...) *ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.*"⁴¹.

Cabe agregar que la Ley N° 30084⁴², que modifica el artículo 22 del Código Civil, referido al nombre del adoptado, ha incorporado un párrafo en el que se establece que el hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro, y que para tal caso deberá identificársele llevando como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica, o el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según corresponda.

Filiación y el derecho a ser hijo

De acuerdo con la definición utilizada por Mizrahi, la filiación puede ser definida "*como el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como "padre" o "madre", en un extremo, e "hijo" o "hija", en el otro*".⁴³

En el tema de la filiación, a decir del doctor Cornejo Chávez, existen dos situaciones que pueden determinar algunos problemas en una relación

⁴¹ Sentencia de fecha 11 de julio de 2012 (Fundamento 9) emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 04509-2011-PA/TC.

⁴² Publicada el 22 de septiembre de 2013 en el diario oficial "El Peruano".

⁴³ Mizrahi, Mauricio Luis. Identidad filiatoria y pruebas biológicas. Buenos Aires. Astrea, 2006; Pág. 5.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

paterno- filial: primero, si es que tanto la concepción como el nacimiento del hijo no concurren dentro del matrimonio; y segundo, en el caso de una mujer casada que concibe y/o alumbra a su hijo, cuyo marido no es necesariamente el padre, pues la filiación, como bien lo señalan Lacruz y Sancho, es “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”⁴⁴; siendo que en el presente caso nos encontramos frente a la primera situación.

Cabe precisar que el estado de filiación se identifica en cuanto existan tres elementos constantes o permanentes que integran el estado de posesión. Ese cúmulo de circunstancias o elementos que integran la posesión de estado son *nomen, tractatus* y *fama*⁴⁵:

- (i) *Nomen*: El poseedor de estado lleva el apellido de los padres. Es decir, usa el nombre correspondiente a la situación familiar que se le atribuye y lo usa como propio, no como apodo ni seudónimo.
- (ii) *Tractatus*: Indica que el padre o la madre y el hijo se comportan en las relaciones de la vida como tales, tanto en el ejercicio de la autoridad paterna y la denominación de hijo.
- (iii) *Fama*: Hace referencia al conocimiento público de la situación. Se refiere a la *vox populi* que reconoce al hijo como de un determinado padre.

Es importante por ello considerar que la identidad de toda persona, base fundamental de la filiación, no se forma únicamente, y a veces ni siquiera, a partir del componente biológico. “En efecto, actualmente se estima insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, aunque estemos fuera de los supuestos de la figura adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas biologistas extremas esbozadas por algunos autores. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del

⁴⁴ Lacruz Berdejo, José. – Sancho Rebullida, Francisco de Asis. Derecho de Familia. Barcelona, Bosch, 1982; Pág. 606.

⁴⁵ Gonzales, M. (2013). La verdad biológica en la determinación de la filiación. En: Colección Monografías de Derecho Civil: Universidad de Piura, p. 67.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

*hombre a su sola esencia animal, desconociendo que la criatura humana constituye fundamentalmente un ser cultural y social*⁴⁶.

Posesión de Estado de Familia

El **estado de las personas** es, a decir del jurista Guillermo Borda, “*la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad; o para decirlo con más propiedad, es el conjunto de cualidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos*”⁴⁷. “*Es por ello importante resaltar en este orden de ideas que “el estado de las personas se vincula directamente con los derechos que le corresponden al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano*”⁴⁸.

Como bien lo expresa el referido autor, el estado se puede apreciar desde tres puntos de vista: con relación a las personas, con relación a la familia y con relación a la sociedad; entendiendo al **estado de familia** como “*la posición que la persona detenta en su familia, dependiendo de los distintos vínculos familiares que tenga con quienes forman parte de la estructura familiar, como cónyuge, progenitor, hermano/a, tío/a, sobrino/a, nieto/a, abuelo/a, yerno/nuera, suegro/a, entre otros*”⁴⁹.

Para poder precisar la posesión del estado de familia, partiremos por atender el significado de la palabra poseer: “*Dicho de una persona de tener en su poder algo*”⁵⁰; de ello se puede inferir que quien ‘posee’ es la persona que aparece como titular, sea cierta o no su titularidad, de ahí que la posesión resulte ser una situación de hecho.

En tal sentido, la posesión de estado de familia es el goce de determinado estado de la persona en su entorno familiar con o sin título de estado. Sobre ello, Fanzolato refiere que “*la posesión de estado de familia es el*

⁴⁶ Mizrahi, Mauricio Luis. Identidad filiatoria y pruebas biológicas. Editorial Astrea. 2006. Ciudad de Buenos Aires. Página 20.

⁴⁷ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo 1. Editorial Abeledo - Perrot. 1999; Pág. 362.

⁴⁸ Borda, Guillermo A. 1999. Ob. Cit., Pág. 363.

⁴⁹ Krasnow, Adriana N. Directora. Manual de derecho de familia. Varios autores. Astrea. Buenos Aire - Bogotá- Porto Alegre. 2016, página 38.

⁵⁰ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Tomo 8, 2001; Pág. 1228.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

*goce público, notorio y constante de una determinada situación familiar que surge del prolongado ejercicio fáctico de los derechos y obligaciones propios de la misma, con prescindencia de que quien los ejerza tenga el título de estado correspondiente a dicha situación o carezca de él*⁵¹.

Habrá entonces una **posesión de estado de familia** cuando una persona disfrute de un determinado estado de familia independientemente de si tiene el título en relación al mismo estado. Así, se puede decir que existe la posesión de estado de familia cuando alguien ocupa una determinada situación familiar, en cuanto hijo, padre, etc., y goza de las ventajas de dicha relación de parentesco, así como de las responsabilidades que de ella se deriven.

Por lo general, quien ejerce la posesión de estado es quien también ejerce la titularidad de ese estado, tal es el caso del menor que es inscrito en el registro civil y por eso tiene el título de hijo, recibiendo de parte de sus padres el trato de hijo y teniendo la posesión de estado de hijo. Sin embargo, esto que parece obvio muchas veces no lo es porque el título de estado y la posesión de estado se encuentran a veces disociados; ello ocurre, por ejemplo, cuando se trata de un hijo extramatrimonial que ha sido reconocido por el padre, pero a quien este ha abandonado, desatendiéndolo totalmente; en este último caso, el hijo tiene el título de estado de hijo, pero no la posesión de estado del mismo.

De acuerdo a la doctrina clásica, la posesión de estado de hijo debe estar integrada siempre por los tres elementos expuestos con anterioridad, a saber: el nombre, que implica el uso del apellido familiar; el trato, es decir el comportarse socialmente como hijo; y la fama, es decir el trato vinculado con la pertenencia a determinada familia, tanto al interior de ella como a nivel de la sociedad. Al respecto, la doctrina moderna reconoce en la actualidad como único elemento fundamental de la posesión de estado al trato o *tractatus*. En este sentido como lo señala Mizrahi, “[l]a posesión de estado consolidada constituye una causa para otorgar la filiación

⁵¹ Fanzolato, Eduardo. Derecho de familia. Buenos Aires. Advocatus. 2007, página 170.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

*jurídica, aunque no exista el nexo biológico. Se excluyen los supuestos en que la relación fáctica familiar tiene su origen en la comisión de delitos y cuando han mediado reclamos positivos por parte de la familia biológica del hijo. En cualquier caso, existirá a favor de quien se considere posible titular del vínculo genético, una acción autónoma de conocimiento de la realidad biológica sin efectos emplazatorios ni desplazatorios de la filiación; y en tanto el ejercicio de tal acción no afecte el interés superior del niño*⁵².

De otro lado, la posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el *status* de hijo en relación a otra, al margen de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica. En otras palabras, *“la posesión de estado de filiación es el resultado de un cúmulo de circunstancias que, referidas a una persona, por un considerable período de tiempo, acreditan que dicha persona goza, de hecho, de la situación correspondiente a la de su hijo, aun cuando no exista un título justificativo del mismo*⁵³.

Conforme lo refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República⁵⁴: *“El estado constante de familia afirma la filiación (...)*”; es decir, la continuidad del vínculo y apego seguro en una relación intrafamiliar, brindada de adultos a niños, permite considerar la existencia de un vínculo filiatorio por el estado constante de llevar una vida en familia. Asimismo, según Varsi Rospigliosi, la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es *“una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad*⁵⁵.

⁵² Mizrahi, Mauricio Luis. 2004. Perspectivas del derecho de Familia en el siglo XXI. Ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla, Huelva.

⁵³ Gonzales, M. 2013. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. En: Colección Monografías de Derecho Civil: Universidad de Piura, p. 67.

⁵⁴ Casación N° 2726-2012, Del Santa, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre impugnación de reconocimiento de paternidad.

⁵⁵ Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Grijley, Lima 2004, página 89.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

Es por tanto a través de la posesión del estado o el estado constante de familia que puede comprobarse la existencia de una relación de filiación o de parentesco, condiciones básicas para la existencia de una familia, entendida esta como “*grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*”⁵⁶, y como tal debe ser protegida por la comunidad y el Estado.

Adopción

La adopción es una medida de protección al niño, niña y adolescente, mediante la cual y bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza u origen biológico. En consecuencia, la persona adoptada adquiere la calidad de hijo del adoptante conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes.

Asimismo, en el artículo 377 del Código Civil se establece que por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Es importante señalar que nuestra legislación permite definir la adopción como una fuente de filiación constituida con la finalidad de brindar protección y asegurar el desarrollo y bienestar de la persona adoptada, y no para la realización de los adultos en un rol de padre.

Es en este sentido que la adopción no debe concebirse para reconocer derechos de las personas adultas, por el contrario, a través de esta medida de protección se debe garantizar el ejercicio y goce del derecho del niño, niña o adolescente a ser hijo y formar parte de una familia.

Adopción por excepción

La adopción en el ordenamiento peruano es una medida de protección, cuyo procedimiento se ejecuta en la vía administrativa a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a través de la Dirección

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Tomo 5, 2001; Pág. 703.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

General de Adopciones⁵⁷ y, excepcionalmente, se realiza a través de la vía judicial en tres supuestos señalados en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Tratándose del supuesto de adopción por excepción, previsto en el inciso a) del artículo 128 del citado código, una persona puede adoptar al hijo o hija de su cónyuge, para lo cual se requiere el consentimiento del padre o madre biológica del menor de edad por adoptar, hecho que se ha suscitado en el presente caso, según consta en la Declaración Jurada del demandado, de fecha nueve de mayo de dos mil dieciséis⁵⁸, cuya firma ha sido certificada notarialmente.

Interés superior del niño

En todo proceso donde intervengan menores de edad deben cautelarse sus derechos como problemas humanos, considerando que, constitucionalmente, ellos son sujetos de derecho y por ende personas; por lo que sus derechos deben ser protegidos y garantizados con prioridad, en mérito al principio rector de su interés superior.

El principio del interés superior del niño se encuentra amparado tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como en el internacional. Así, el acotado principio se encuentra previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y en la Ley N° 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

Este principio no constituye una simple recomendación ética, sino una directriz determinante que representa un importante cambio en la concepción que se tiene sobre el niño, quien deja de ser objeto para ser considerado como sujeto de derechos, lo que implica el reconocimiento de

⁵⁷ Según el Decreto Legislativo N° 1297- Decreto Legislativo Para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, publicado el 30 de diciembre de 2016 en el diario oficial "El Peruano".

⁵⁸ Obrante a fojas 124 del expediente principal.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

su participación como actor de cambios dentro de los espacios sociales donde se desarrolla: la familia, la escuela, la comunidad, entre otros.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha marcado posición en sendas sentencias, respecto a la atención especial y prioritaria del interés superior del niño y el adolescente –principio que tiene contenido constitucional– en todos los casos en que se vean involucrados o afectados menores de edad, como el pronunciamiento vertido en los fundamentos 5, 6, 7 y 8 de la sentencia del Expediente N° 02132-2008-PA/TC, y aquel comprendido en el fundamento 5 de la sentencia emitida en el Expediente N° 03744-2007-PHC/TC.

6.5. Análisis del ejercicio del control constitucional difuso

Corresponde analizar si existe colisión constitucional entre la norma del inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, invocada por el demandante, y el derecho a la protección del niño y la familia, previsto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado.

La sentencia materia de elevación en consulta ante esta Suprema Sala ha sido dictada por motivo de una controversia respecto a la posibilidad de prescindir del cumplimiento del requisito para la adopción –referido al asentimiento del padre biológico de la menor [REDACTED] que goza de la patria potestad sobre ella– al haberse acreditado, a través de los medios probatorios actuados en el proceso y las declaraciones de la niña, que dicho requerimiento contraviene a su interés superior y limita su desenvolvimiento dentro de una familia en la cual ha desarrollado una identidad derivada de la posesión de estado como hija en que se encuentra, generando una relación paterno-filial con el demandante; por lo tanto, corresponde en este caso evaluar las consecuencias e implicancias que sobre la decisión que se tome podrían generar en dicha menor de edad.

Al respecto, es necesario tener presente que no siempre existirá armonía entre la paternidad biológica, y la paternidad jurídica, pues, como lo refiere Mizrahi, existe la imposibilidad de lograr en todos los casos la coincidencia



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

entre el hecho biológico de la procreación y el vínculo jurídico atribuido por la ley; es por ello que puede darse casos en que el *IUS* entre en colisión con la *NATURA* o viceversa. En este tema resulta muy ilustrativa la definición que los doctores Barudy & Dantagnan hacen sobre el particular: *“la parentalidad o marentalidad es una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas que tienen las madres y los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, y asegurarles un desarrollo suficientemente sano. Las competencias parentales forman parte de lo que hemos llamado la parentalidad social, para diferenciarla de la parentalidad biológica, es decir, de la capacidad de procrear o dar la vida a una cría”*⁵⁹.

Si partimos por considerar que la relación parental, denominada jurídicamente paterno-filial, genera vínculo entre padres e hijos, siendo que desde *“el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad”*⁶⁰; cabe formularse entonces la siguiente interrogante para resolver el presente caso: ¿A través de la adopción se estaría afectando y vulnerando tanto el derecho de la menor de edad a constituirse y desarrollarse en una familia, como el derecho a su identidad que se desprende de su filiación, teniendo en cuenta el estado constante de hija? En ese sentido, es preciso señalar que en el presente caso el demandante es la persona con la cual la menor se encuentra sosteniendo un vínculo paterno-filial, toda vez que es quien asevera que viene asistiendo en las necesidades de la niña [REDACTED] desde que inició su convivencia con la demandada [REDACTED] hasta la fecha. Por otro lado, se advierte la contradicción en la que el demandado [REDACTED] recae, puesto que a pesar de haber emitido una declaración jurada en la que manifiesta su aceptación con el proceso de adopción de su hija biológica, en la Audiencia Única ha expresado lo opuesto, señalando que se encuentra en desacuerdo con la adopción, sin demostrar las circunstancias o motivos que lo han llevado a dicha negación, pues no existe prueba que evidencie la existencia de una relación filial con la menor [REDACTED], desestimándose

⁵⁹ Barudy, Jorge & Dantagnan, Margorie. 2010. Los desafíos invisibles de ser madre o padre. Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental. Editorial Gedisa. España. Pág. 34.

⁶⁰ Comejo Chávez, Héctor. 1987. Op. Cit. Pág. 11.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

así, la existencia de algún nexo de parentalidad, dado que los elementos fácticos que determinen una posición de estado de familia deben ser idóneos, tal que permitan corroborar la identidad y filiación que la niña viene cultivando en el entorno familiar que lo rodea.

En esa misma línea de interpretación, es en virtud de los derechos de los menores a su participación y a ser oídos, que la opinión expresada por la niña [REDACTED] se constituye en un elemento determinante para la valoración de la identidad de la misma, pues a través de su declaración se obtiene la certeza de su entorno y el conocimiento más cercano sobre el vínculo familiar que ha alcanzado; por consiguiente, lo manifestado en la Audiencia Única resulta trascendental, puesto que de ello se aprecia su deseo de ser adoptada por [REDACTED] a quien identifica como “*papá, papito*”, señalando además, que en la fecha de su último cumpleaños su padre biológico no le regaló nada y no se comunicó vía telefónica pues no se acordó de ello; asimismo, refirió que su padre biológico le ofreció cubrir sus necesidades económicas, pero solo le dio la suma de cien con 00/100 soles (S/ 100.00), y que contrariamente, el demandante sí se preocupa por cubrir aquellas. Resulta evidente, entonces, que la menor reconoce un estado de familia que permite identificar plenamente el vínculo que tiene con el actor, el cual corresponde a una relación de parentalidad (padre e hija), la cual resulta inexistente para el caso de [REDACTED] por lo que requerir del asentimiento del padre biológico que no ejerce de manera conveniente la patria potestad, generaría consecuencias negativas en la identidad de la niña, pues por medio de su opinión se ha reflejado la estima y consideración que tiene respecto del demandante, a quien afirma querer en mayor medida que a su padre biológico, demostrándose la existencia de un vínculo de filiación con el primero.

Por lo expuesto, declarar fundada la pretensión de adopción solicitada por el demandante no colisionaría ni afectaría el derecho de identidad de la menor de edad (previsto en el inciso 1 del artículo 2 de nuestra Constitución Política), sino por el contrario, de esa forma se estaría



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

tutelando de la manera más idónea el derecho a la identidad con el que debe gozar la niña, permitiendo que pueda mantener la posesión de estado familiar como hija que ha desarrollado respecto de [REDACTED] y [REDACTED], con lo cual también se procura la protección de la familia de la menor, estableciéndose los vínculos de filiación que han derivado de la relación intrafamiliar que viene sosteniendo con el demandante.

En consecuencia, es posible aseverar que en este caso se debe concordar la realidad jurídica con la realidad social, la cual encuentra su fundamento en la asistencia del recurrente hacia la menor como su padre, la cual ha generado en la niña la convicción de un vínculo paterno-filial que no se ha manifestado en el aspecto jurídico, ello con el objeto de evitar que esta disonancia entre la situación formal y la real le genere zozobra en su desarrollo y vida diaria; por lo que la solicitud del demandante estaría dirigida a tutelar el derecho a la identidad de la menor de edad y a protegerla como integrante de una familia, que la beneficiaría y favorecería en su derecho como hija. En esta misma línea, es importante lo expresado por los juristas Hauser y Huet-Weiller, citados por Mizrahi, en referencia a la vinculación filiatoria, señalando que *“la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que éste combina naturaleza y cultura; de manera que en el vínculo filiatorio subyace una institución social. Jugará entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada ‘filiación’ querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que Zannoni denomina la faz existencial y dinámica”*⁶¹.

Resulta, además, relevante indicar que para establecer la prevalencia del mejor interés del niño y concretar el cumplimiento de cuidados y medidas especiales de protección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que se debe *“ponderar no sólo el requerimiento de*

⁶¹ Mizrahi, Mauricio Luis. 2006. Op. Cit., Pág. 21.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.

*medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño*⁶².

De lo que se trata entonces es de determinar si en este caso concreto el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil está en colisión con el inciso 1 del artículo 2 y el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, que obligan a garantizar el derecho a la identidad de la menor de edad [REDACTED], en el sentido amplio y dinámico a partir del cual la identidad es mucho más que el nombre, y a que se le pueda proteger en su familia, como núcleo de convivencia y de fortalecimiento de vínculos y lazos de parentesco, respectivamente. Ello debe ser así no solo por una interpretación favorable a los derechos de la menor, sino por el hecho de que hacerlo en un sentido restrictivo (limitado a los aspectos meramente biológicos y/o sociales) implicaría establecer límites a la identidad que no están establecidos en la Constitución, lo que convertiría a este órgano no en intérprete de la misma sino en constituyente.

Asimismo, si bien es cierto, desestimar el requerimiento establecido para la adopción implicaría desvirtuar los fines para los que fue creado, lo cual en ocasiones puede tener una incidencia negativa que afecte de forma directa el derecho a la **identidad** de los menores, es pertinente señalar que en el presente caso resulta siendo necesario a fin de procurar que se forje la identidad de la niña de la manera más apropiada, consolidando así los vínculos que ha forjado en su entorno familiar, más aún cuando el recurrente es quien pretende revestir de legalidad el vínculo paterno-filial que permita el desarrollo en bienestar de la menor.

En tal sentido, cuando se ejerce el control constitucional difuso cada caso constituye una situación particular que debe evaluarse y analizarse de forma individual, y siendo que el derecho a la identidad personal y la protección de la familia está reconocido y garantizado en nuestra Carta Magna, se puede concluir que existe incompatibilidad constitucional entre el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, que impide al actor cumplir con

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niño. Opinión Consultiva OC.17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**

los requerimientos para la adopción, y el inciso 1 del artículo 2 y el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, por cuanto se trata de derechos fundamentales de la persona contemplados en nuestro texto constitucional así como en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Civil de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, teniendo en cuenta los hechos submateria, no resulta válido aplicar el requisito previsto en el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil, ya que afectaría directamente los derechos fundamentales de la menor de edad [REDACTED] como es el derecho a la filiación e identidad, lo que implica garantizarle su derecho a vivir y construir un sentido de pertenencia a una familia, que en este caso, además, es el que le corresponde de acuerdo a la posesión de estado como hija que ha constituido.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expresados, **MI VOTO** es por que se **APRUEBE** la sentencia de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por el Cuarto Juzgado de Familia de Arequipa de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró fundada la demanda de adopción, interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] contra [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED], respecto de la adopción de la menor de edad [REDACTED], al haber inaplicado el inciso 6 del artículo 378 del Código Civil; y se devuelvan los actuados al juzgado de origen.

S.S.

CARTOLIN PASTOR



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14604-2017
AREQUIPA.**