

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

Lima, veinte de setiembre
del dos mil diez.-

VISTOS en discordia; con la intervención de los Magistrados Mendoza Ramírez, Rodríguez Mendoza, Acevedo Mena, Vinatea Medina, Salas Villalobos y Mac Rae Thays; con el voto de la Magistrada Mac Rae Thays, adhiriéndose al voto de los Magistrados Mendoza Ramírez, Acevedo Mena y Salas Villalobos; con los fundamentos del voto de los Magistrados Rodríguez Mendoza y Vinatea Medina, que se agregan; con los votos suscritos por los Magistrados Mendoza Ramírez y Salas Villalobos, obrantes a fojas diecisiete del cuaderno de apelación, dejados oportunamente en Relatoría en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, viene en consulta la sentencia contenida en la resolución N° 55 de fojas doscientos setenticuatro, su fecha veinte de mayo de dos mil nueve, en la parte que declara inaplicable el artículo 415° del Código Civil, modificado por el artículo 5° de la Ley N° 28439; por considerar que existe incompatibilidad con la Constitución Política del Estado, específicamente, entre la citada norma legal con el derecho fundamental a la igualdad y el mandato constitucional a la no discriminación.

SEGUNDO: Que el juez es el primer defensor de la Constitución. Tal como lo ha establecido la norma fundamental del Estado, en el segundo párrafo de su artículo 138°, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, el juez deberá preferir la primera. A esta potestad jurisdiccional se le conoce como ejercicio de control difuso.

TERCERO: Que el control difuso consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. 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

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

CUARTO: Que, por mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 14º, *“De conformidad con el Art. 236 de la Constitución [actualmente artículo 138 de la actual Constitución de 1993], 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 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.

QUINTO: Que, 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 pueda resultar constitucionalmente admisible o no. De este modo, será entonces 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, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

SEXTO: Que, además de lo ya señalado, el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

del artículo VI de su Título Preliminar, que *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*. De esta manera, le exige al juez que el ejercicio del control difuso que vaya 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 anteriormente señalado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, al momento de revisar la constitucionalidad de la aplicación del control difuso por parte de cualquier juez, y entre otros criterios o principios de interpretación, también tendrá que seguir las pautas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

SETIMO: Que, entrando ahora al análisis del ejercicio jurisdiccional del control difuso de la norma objeto de la presente consulta, se ha inaplicado el artículo 415° del Código Civil, modificado por el artículo 5° de la Ley N° 28439, en la parte que dispone *“(…) el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años (...)”*, por considerar, la sentencia consultada, que dicha disposición normativa establece un tratamiento diferenciado entre los distintos hijos; tratamiento que atenta contra el principio de igualdad y contra el mandato de no discriminación contenidos en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado. Según se observa en la sentencia consultada, sobre la base de estimar que todos los hijos tienen iguales derechos, no puede sostenerse luego que es compatible con la norma constitucional que los denominados *“hijos alimentistas”* tengan un trato diferenciado, y solamente puedan recibir una pensión alimenticia hasta la mayoría de

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

edad, situación que no ocurre con los hijos (“no alimentistas”), respecto de los cuales, según el artículo 424° del Código Civil, “*Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas*”.

OCTAVO: Que frente a lo expuesto, apreciamos que la disposición contenida en el artículo 415° del Código Civil, objeto de inaplicación por la sentencia consultada, establece un trato diferenciado que no resulta discriminatorio, y que parte de un supuesto ajeno al principio y derecho fundamental de la igualdad. En efecto, es importante recordar que no todo trato diferente es lesivo del principio de igualdad; únicamente constituirá un trato discriminatorio aquel trato diferente sustentado en una razón subjetiva arbitraria.

NOVENO: Que, en ese orden, corresponde analizar si el trato diferente respecto de la obligación de proveer una pensión alimenticia entre el hijo (matrimonial, en adopción o extramatrimonial) y el denominado “*hijo alimentista*” se encuentra razonablemente sustentado o no. Para ello, es importante advertir precisamente que si bien el menor que se encuentra en la situación de recibir una pensión alimenticia es denominado por el Código Civil como “*hijo alimentista*”, este término resulta equívoco, por cuanto, si bien utiliza el término “*hijo*”, este en rigor técnico no lo es, pues solamente respecto de él existe una obligación alimenticia sustentada en la presunción *iuris tantum* de que el sujeto obligado a dicha pensión ha tenido relaciones sexuales con la madre de este menor durante la época de la concepción y alguien debe proveer alimentos para evitar la desprotección al menor por sus primeros años. No existe pues filiación alguna, por lo que no puede predicarse el test de igualdad cuando falta el presupuesto del *tertium comparationis*, esto es, no existe una situación comparable, pues la figura del “*hijo*” (matrimonial, en adopción o extramatrimonial) es diferente de la del “*hijo alimentista*” (en rigor, del menor favorecido con

**CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO**

una pensión de alimentos); caso en el cual se usa el término "hijo" para evitar otros que puedan apreciarse peyorativos.

DECIMO: Que, establecido que no existe un trato diferente entre una calidad de "hijo" y otra, en tanto la figura del alimentista no imputa ninguna filiación, y por lo tanto no tiene los derechos que tal estatus confiere, queda a salvo el derecho del menor en situación de alimentista de iniciar, si así lo estima oportuno, el proceso de filiación extramatrimonial para solicitar judicialmente dicha declaración.

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** la resolución consultada, obrante a fojas doscientos setenticuatro, su fecha veinte de mayo del dos mil nueve; **ORDENARON** se expida una nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por [REDACTED]

[REDACTED] sobre alimentos; y los devolvieron.-

S.S.

ACEVEDO MENA

MAC RAE THAYS

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaría
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

01 DIC. 2010

EL VOTO DE LA JUEZ SUPREMO MAC RAE THAYS; ES COMO SIGUE:-----

ADHIRIÉNDOSE AL VOTO DE LOS JUECES SUPREMOS MENDOZA RAMIREZ, ACEVEDO MENA Y SALAS VILLALOBOS:

coincido con los fundamentos expuestos en el voto que se sustenta, por los cuales se desaprueba la consulta; y

CONSIDERANDO además:

PRIMERO: Que, viene en consulta la resolución número cincuenta y cinco de fojas doscientos setenta y cuatro, su fecha veinte de mayo del

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

dos mil nueve, que declara inaplicable en el presente caso el artículo 415 del Código Civil modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28439; por considerar que existe incompatibilidad entre la citada norma legal con la Constitución Política del Estado, referentes al derecho a la igualdad y el mandato constitucional a la no discriminación.

SEGUNDO: Que, viene en consulta la sentencia de vista que inaplica el artículo 415 1 del Código Civil, modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28439, que señala “(...) *el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años (...)*”, por considerar que dicha disposición normativa establece un tratamiento diferenciado entre los distintos hijos; tratamiento que atenta contra el principio de igualdad y contra el mandato de no discriminación contenidos en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Como fundamento expuesto en la sentencia, indica que todos los hijos tienen iguales derechos, y que en atención al principio de igualdad y la filiación, los derechos subjetivos familiares deben ser iguales para todos los hijos, por ello no resulta motivo razonable que “hijos alimentistas” tengan un trato diferenciado respecto a los hijos “no alimentistas”, que según el artículo 424 del Código Civil, “*Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteras mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los veintiocho años de edad; y de los hijos e hijas solteras que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas*”.

TERCERO: Que, el hijo alimentista es “*aquel hijo que no ^{ha} sido voluntariamente reconocido ni judicialmente declarado respecto de su padre*”¹, de la misma forma el diccionario jurídico del Poder Judicial del Perú define al hijo alimentista como “*el menor que no ha sido reconocido y de quién no se ha acreditado su filiación por vía judicial; tiene la calidad de tal respecto a quién tuvo relaciones sexuales con la*

¹ Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Tomo III, primera edición, Lima 2003, Rosario Rodríguez-Cadilla Ponce, p. 87.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

madre en el período de su concepción, siendo favorecido con una pensión²; es decir, éstos no cuentan con una declaración judicial de paternidad extramatrimonial por no haberse logrado configurar ninguno de los presupuestos contemplados en el artículo 402 del Código Civil que permiten una declaración de paternidad por sentencia judicial.

CUARTO: Que, el artículo 415 del Código Civil dispone una presunción *iuris tantum* por cuanto puede ser destruida por el alegado padre, siendo establecida por un plazo determinado a favor de los hijos alimentistas, al no existir una certeza de filiación -por cuanto no ha habido reconocimiento ni declaración judicial de paternidad-, presunción que es acogida en atención al interés superior del niño, sólo con efectos alimentarios a fin de solventar el pago de las necesidades de los menores de edad -distinto es el caso de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales reconocidos, en los que existe certeza sobre la filiación-, en este caso sólo hay una probabilidad de que el padre alimentista, al haber mantenido con la madre relaciones sexuales en periodo coetáneo al de la concepción, circunstancia en base a la cual se le obliga acudir a la subsistencia del menor³. Sin embargo, el hecho que se utilice (la) esta presunción a fin de reclamar una pensión alimenticia no implica que se establezca una relación filial entre los hijos alimentistas y el demandado por alimentos.

QUINTO: Que, el tema de la igualdad de los hijos alimentistas no es nuevo en el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema mediante CASACION N° 870-2006-Puno, de fecha cuatro de diciembre de dos mil seis referida al alcance igualitario sobre la pensión de los hijos alimentista señala que *"el legislador contempló en el artículo cuatrocientos quince del mismo cuerpo legal la posibilidad de que tal individuo pueda reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. No se requiere, pues, que el actor demuestre su calidad de hijo extramatrimonial del demandado, sino, que basta la simple acreditación de las relaciones sexuales habidas con la madre lo*

² http://www.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=434.

³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor en La filiación extramatrimonial, Gaceta Juristas Editores, Novena Edición, Lima 1998, p. 173.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

que da origen a una presunción *juris tamtum* de una paternidad y una igual presunción de "hijo" que sólo posibilita el acceso de los alimentos. (...) En ese orden de ideas, pese a que el tercer párrafo del artículo seis de la Constitución Política del Estado señala que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, tratándose de derechos de alimentos existe diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen relación paterno filial de aquellos que no tienen filiación con el presunto padre, como son los denominados hijos puramente alimentistas, con quienes sólo mantienen una obligación pecuniaria. Sostener una completa igualdad entre los hijos cuyo vínculo paternal se encuentra establecido, con los hijos cuya paternidad no ha sido ni reconocida ni declarada judicialmente, significaría admitir que el obligado en este último caso tiene la calidad de "padre" y que por tanto, además de alimentos el alimentista también puede reclamar herencia y otros derechos, lo que evidentemente no refleja la voluntad objetiva de la norma constitucional (...).

SSEXTO: Que, según lo normado en el artículo 415 del Código Civil "podrá reclamarse (...) una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años", el derecho de los hijos alimentistas no se funda en la declaración o preexistencia de un vínculo de paternidad, por tal al no tener en rigor la filiación establecida para gozar de los derechos reconocidos por la ley a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales debidamente reconocidos, no sería correcto exigirse al supuesto padre en base a una simple presunción que provea de alimentos por un tiempo mayor al señalado por la ley.

SSEXTIMO: Que, al respecto Héctor Cornejo Chávez señala que "esta presunción de paternidad está sujeta a varias restricciones, que se explican sobradamente (porque si, de un lado es preciso proveer a la subsistencia del hijo; de otro, es necesario defender al presunto padre del exceso o la injusticia de una carga que ha de soportar en beneficio de quien pudiera no ser su hijo". [Énfasis agregado]⁴. La presunción a favor de los hijos alimentistas se incorpora en el Código Civil de 1936 "lo se pretende es otorgar a los hijos alimentistas,

⁴ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, ob. cit., p. 173.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

una suerte de compensación por el hecho que el mismo legislador restringió el ejercicio de la acción investigadora de la paternidad extramatrimonial a casos puntuales; sin embargo con el avance de la ciencia y la técnica, así como con la incorporación de la prueba del ADN y otras de validez científica se ha permitido flexibilizar los alcances del artículo 402° del Código Civil, con el objetivo de obtener la convicción judicial deseada⁵. Por tanto, no puede afirmarse que la situación de hecho entre los hijos reconocidos-matrimoniales y extramatrimoniales o aquellos que exista una filiación declarada judicialmente y el hijo alimentista es igual.

OCTAVO: Que, relativo al derecho a la igualdad el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha treinta de noviembre de dos mil cinco pronunciada en el expediente N° 1711-2004-PI/TC señala: *“La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución. Tal como lo ha señalado este Colegiado, en la sentencia recaída en el Expediente 048-2004-AI/TC, el derecho a la igualdad presenta dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, también es un principio constitucional de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”* [énfasis agregado].

⁵ SOLANO JAIME, Rosa Yanina en “Los alimentos en el Perú” en <http://www.teleley.com/articulos/a021208-4.pdf>.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

NOVENO: Que, BERNAL PULIDO⁶ respecto al principio de igualdad señala que *“(...) el principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud) Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva: el derecho a la igualdad (...)”.*

DÉCIMO: Que; sobre lo expuesto, no se establece a priori un trato discriminatorio ante circunstancias similares, por cuanto se trata de dos supuestos diferentes el de los hijos reconocidos (sean estos matrimoniales o extramatrimoniales) y los hijos alimentistas, en tal sentido no cabría invocar una afectación de igualdad ante la ley, es decir se debe aplicar la ley por igual a *todos los que se encuentren en la misma situación descrita en el supuesto de la norma*, más al respecto no se presenta esta situación.

UNDÉCIMO: Que, en el presente caso se pretende otorgar igual derecho tanto a los hijos reconocidos (sean estos matrimoniales o extramatrimoniales) como a los hijos alimentistas a fin de que este último pueda solicitar una pensión alimenticia por un periodo mayor de los dieciocho años, entendiéndose que la presunción lo beneficie; aspecto

⁶ BERNAL PULIDO, Carlos en “El Juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana” en <http://190.41.250.173/rj/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

que en la actualidad no resultará apropiado puesto que el hijo alimentista no posee una certeza real que lo vincule al supuesto padre. Por tanto, es plenamente exigible la diferenciación impuesta, en la medida en que lo recomendable es procurar asegurar un eficiente sistema de filiación conforme a los avances científicos.

DUODÉCIMO: Que, la razonabilidad de trato desigual podría ser explicado por cuanto al momento de dictarse la norma materia de análisis se otorgó en beneficio de quienes en su oportunidad no tuvieron ni las garantías legales ni los instrumentos científicos para probar su verdad, pues si bien con el Código Civil de 1936 la investigación de la filiación se caracterizaba por su desconocimiento y reconocimiento restringido, normas que fueron originalmente recogidas por el Código Civil de 1984, pero en la actualidad, con los avances científicos se han incorporado medios probatorios que facilitan el reconocimiento paterno o materno (mediante la Ley N° 27048 se admitió la prueba de ADN), su carácter científico le da valores absolutos que encuadran en la ratio legis del Código Civil por lo que es admitida por el juzgador sin reservas ni limitaciones, lo que posteriormente condicionara al reconocimiento de una vasta gama de derechos, deberes y facultades entre las personas unidas por ese vínculos⁷, de ahí su importancia en el derecho de identidad.

DÉCIMO TERCERO: Que, la Constitución Política del Estado señala en su artículo 6 que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, asimismo que todos los hijos tienen iguales deberes y derechos; sin embargo, no se puede bajo el principio de igualdad interpretar que los hijos puramente alimentistas no se les reconoce todos los derechos de un hijo reconocido, el asumir esta igualdad significaría admitir que el alimentista además podría, reclamar otros tipos de derechos como los hereditarios. En tal sentido, al hijo alimentista no reconocido ni declarado, solo le corresponde recibir alimentos hasta los dieciocho años de edad, salvo que se acredite una

⁷ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique en "Derecho Genético", Editorial Grijley, 4ta. Edición, Lima 2001, p. 192.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

incapacidad física o mental, no dándose ninguno de estos últimos supuestos en el caso de autos.

Por tales consideraciones: **MI VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la resolución consultada, obrante a fojas doscientos setenta y cuatro, su fecha veinte de mayo del dos mil nueve, y se **ORDENE** se expida una nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por don [REDACTED] sobre alimentos; y se devuelvan.-
S.

MAC RAE THAYS

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Jueza
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

01 DIC. 2010

EL VOTO DE LOS JUECES SUPREMOS RODRIGUEZ MENDOZA Y VINATEA MEDINA ES COMO SIGUE:-----

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, viene en consulta a este Supremo Tribunal la sentencia de fojas doscientos setentecuatro, su fecha veinte de mayo del año en curso, en la parte que declara inaplicable el artículo 415° del Código Civil modificado por el artículo 5° de la Ley N° 28439; por considerar que existe incompatibilidad entre la citada norma legal, con el derecho de igualdad y el mandato de no discriminación.

SEGUNDO: En principio, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber, al órgano jurisdiccional, de elevar el expediente al superior, y a éste efectuar el control de legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO: En el caso del control constitucional difuso, el artículo 14° del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé que cuando los jueces, al momento de fallar el fondo de la cuestión, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una



CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

disposición constitucional y una con rango de ley, deben resolver la causa con arreglo a la primera; pero además, atendiendo a la trascendencia jurídica del control constitucional, la misma ley ha previsto que todas las sentencias en las que un juez ordinario haya efectuado el control constitucional difuso, necesariamente debe ser elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si la resolución no fuera impugnada.

CUARTO: Con relación al control constitucional, se debe tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de *última ratio*, por esta razón, el control no puede ser invocado a menudo en la actividad jurisdiccional; por el contrario atendiendo a la trascendencia jurídica que esta decisión implica, el juzgador debe tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el *"iter legislativo"*, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto *a priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por ello, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

QUINTO: En la sentencia de vista se ha inaplicado el artículo 415° del Código Civil, por encontrarlo incompatible con los artículos 2° inciso 2 y 6° de la Constitución Política del Estado, ya que el hecho de restringir la extensión del derecho a alimentos de los hijos alimentista mayores de dieciocho años constituye un trato desigual respecto a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos por el padre, pues en estos casos es posible extender dicho derecho cuando el beneficiario se encuentra en estado de necesidad o cursando satisfactoriamente estudios para una profesión u oficio.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

SEXTO: En consideración a que el tema objeto de estudio guarda estrecha relación con el derecho de alimentos y a fin de encontrar el verdadero sentido de la norma consultada, conviene puntualizar previamente algunos aspectos necesarios para dilucidar la presente controversia.

Tanto en la doctrina sobre la materia como la actual jurisprudencia han coincidido en definir el derecho de alimentos como la facultad jurídica que tiene una persona, denominada acreedor alimentista, para exigir a otra, esto es, el deudor alimentario, lo necesario para vivir como consecuencia del parentesco consanguíneo, del matrimonio, del divorcio y, en determinados casos, del concubinato. Por consiguiente, los alimentos suponen proporcionar la asistencia debida para el adecuado sustento de una o varias personas por disposición imperativa de la ley, de lo que se sigue que ese derecho de recibir alimentos proviene de la ley y no de causas contractuales, por lo que, la persona que reclama el pago de los alimentos, por su propio derecho o en representación de menores o incapacitados, sólo debe acreditar que es el titular del derecho, para que su acción alimentaria prospere; ello, en consideración al vínculo de solidaridad que debe existir en todos los miembros de una familia.

SETIMO: La obligación alimentaria tiene su origen en un deber ético, el cual fue acogido con posterioridad por el derecho, al punto de haberse elevado, según la doctrina más avanzada, a la categoría de interés social y orden público; por lo que, esa obligación jurídica al no cumplirse tendrá una sanción que será la condena al pago de una pensión alimenticia fijada por el juzgador. Precisamente, la idea de fijar un monto proveniente de aquella obligación alimentaria debe comprenderse en relación al estado de necesidad del acreedor y las posibilidades reales del deudor para cumplirla; pero además, debe tomarse en consideración el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

parientes, permaneciendo hasta que tenga capacidad para proveer sus necesidades o alcancen lo que se ha denominado "mayoría económica". Mayoría económica que conforme a la situación social presente ha ido alargándose progresivamente, por distintas razones (continuación en la formación más allá de la mayoría de edad, dificultad de acceso al mercado laboral, etc.), prolongándose, consecuentemente, su manutención por parte de los padres, circunstancia ésta que justifica adoptar una comprensión más actualizada del "estado de necesidad" a que hace referencia el artículo 483° del Código Civil sobre exoneración de alimentos.

NOVENO: Precisadas estas nociones, pasamos al análisis del tema en controversia; como se ha precisado en la sentencia de vista se ha inaplicado el artículo 415° del Código Civil, por entender que el mismo vulnera el derecho a la igualdad contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado y el derecho a la igualdad entre los hijos, establecido en el artículo 6° de la Constitución Política del Estado.

El artículo 415° del Código Civil establece: *"Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental".* Mientras, el artículo 424°, precisa: *"Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas";* de igual forma el artículo 473° señala: *"El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas".*

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

alimentista, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el *status* aludido.

Ese carácter de orden público que se le asigna a los alimentos, ha sido recogido por el legislador a través del artículo 487° del Código Civil, al considerar al derecho a recibir alimentos como irrenunciable, intransmisible, intransigible e incompensable, precisamente para proteger a los alimentistas y no permitir que con base a convenios, puedan aceptar o recibir del alimentante, condiciones inferiores a las mínimas contenidas en la legislación como un derecho adquirido, o aceptar no recibir los alimentos que les corresponden. De esta forma, la obligación alimentaria nace como un derecho protegido, incluso en contra de la voluntad del propio titular, ya que nace por la necesidad que tiene el acreedor alimentista para subvenir a sus necesidades más elementales para su subsistencia.

OCTAVO: Respecto a los menores de edad, resulta por demás evidente que esta obligación de alimentar deviene en parte esencial del principio de conservación a tal punto que se ha constituido en piedra angular del derecho constitucional a la vida, por lo que, siendo un derecho de tan alto interés público, el Estado, como no podía ser de otra manera, ha legislado de manera amplia a fin de velar por su cumplimiento. Por tanto, respecto a los hijos menores de edad no deben originarse problemas en cuanto que el deber de los padres de alimentarlos forma parte del contenido de la patria potestad y por tener su fundamento en el hecho de la filiación, los hijos gozan de su derecho por su condición de tal. Se trata pues, de un derecho incondicional, no sometido a ninguna exigencia distinta al hecho de la filiación.

Tal situación, sin embargo, varía cuando los hijos son mayores de edad, ya que cesa la obligación derivada de la patria potestad impuesta a los padres. Con todo, la llegada de la Emancipación, no significa que el hijo pierda su derecho a ver cubiertas sus necesidades por parte de sus padres; sino que la mayoría de edad implica el cambio de concepto por el que se tiene derecho a alimentos, ya que a partir de ese momento su derecho nacerá de la obligación legal de alimentos entre



CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

De otro lado, el derecho a la igualdad se encuentra contenido en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, que establece que toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*. De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC del primero de abril de dos mil cinco, la igualdad ante la ley significa que *la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma*. Respecto al principio - derecho de la igualdad ante la ley, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC del veintinueve de octubre de dos mil cinco, señala que *la igualdad consagrada constitucionalmente detenta la doble condición de principio y derecho*. La igualdad ante la ley como principio irradia todo el sistema normativo; en ese sentido, en esta última citada sentencia se establece que, *la igualdad en cuanto principio constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, como componente axiológico del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico*. La igualdad ante la ley como principio dirige la organización y actuación de los poderes públicos, así, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, apunta que *la igualdad es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos*. La igualdad ante la ley como principio es pilar del orden constitucional; de este modo, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0606-2004-AA/TC veintiocho de junio de dos mil cuatro señala que *la igualdad en tanto principio es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia social en armonía*. La igualdad como derecho implica el trato parejo a quienes se encuentren en idéntica situación; en ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC anota que *este derecho fundamental no consiste en la facultad de las personas para*



CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en idéntica situación.

En ese marco, no es lo mismo un trato desigual que un trato discriminatorio, “diferenciar” es distinto a “discriminar”; así, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC señala que *la diferenciación está constitucionalmente admitida pues no todo trato desigual es discriminatorio. Se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables.* Entonces, cuando un trato desigual sea infundado y desproporcionado estaremos ante un trato discriminatorio; en ese sentido, esta misma sentencia acota que *cuando la desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.* Este principio contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En función de estos principios, el Tribunal Constitucional ha elaborado un test para evaluar la afectación a la igualdad. Estos pasos del test son: **a)** determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación; **b)** determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; **c)** determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); **d)** examen de idoneidad; **e)** examen de necesidad; y **f)** examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (STC N° 0045-2004-PI/TC).

DECIMO: Existe una diferencia marcada entre el hijo matrimonial o extramatrimonial, reconocido por el padre, y el hijo alimentista; mientras que los primeros son hijos legalmente reconocidos, tienen derecho a los alimentos, derechos sucesorios y todos los derechos emanados de la filiación, la situación del hijo alimentista es diferente, pues no se trata legalmente de un hijo, ya que no ha habido reconocimiento ni declaración judicial de paternidad, sino que se presume filiación pero sólo con efectos alimentarios, obligándose al varón que en la época de la concepción tuvo trato sexual con la madre, a alimentar a este hijo extramatrimonial puramente alimentista. Por tanto, son dos situaciones diferentes que se regulan en nuestra legislación civil.

CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

DECIMO PRIMERO: Sin embargo, las disposiciones normativas enunciadas en el considerando noveno, deben ser analizadas desde el caso concreto; en la sentencia de primera instancia se precisa que está acreditado el entroncamiento familiar entre demandante y demandado, por la declaración de parte vertida por este último en su contestación a la demanda de fojas veintiocho, por ello le otorga al demandante la condición de hijo extramatrimonial del demandado; mientras que la sentencia de vista establece que el demandante se encuentra inmerso dentro de los alcances del artículo 415° del Código Civil, esto es, considera que el demandante es hijo alimentista del demandado. En ese marco, existe un reconocimiento de paternidad por parte del demandado, sin embargo, se ha establecido la condición de hijo alimentista del demandante, lo cual implica establecer un trato diferenciado entre hijo alimentista e hijos matrimoniales y extramatrimonial, situación que resulta contraria al derecho a la igualdad establecido en la Constitución Política del Estado. En el primer caso, el derecho a los alimentos se puede ejercer hasta los dieciocho años, mientras que en los demás casos hasta los veintiocho años, bajo las condiciones señaladas en las referidas normas. Este trato diferenciado es incompatible con lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política del Estado que establece: *"Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes"*. Por tanto, un trato diferenciado entre los hijos, por el estado de familia de sus padres, resulta lesivo al principio de igualdad y al mandato de no discriminación establecidos en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, que establece: *"Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*. Siendo así, el trato diferenciado establecido en el artículo 415° del Código Civil resulta incompatible con los artículos 2° inciso 2 y 6° de la Constitución Política del Estado, por lo que debe aprobarse la consulta materia de autos. Por tales fundamentos: **NUESTRO VOTO** es porque se **APRUEBE** la resolución consultada obrante a fojas doscientos setenticuatro, su fecha veinte de mayo del año en curso, que declara **inaplicable** al caso



CONSULTA 2126 - 2009
CUSCO

materia de autos el artículo 415° del Código Civil modificado por el artículo 5° de la Ley N° 28439, sin afectar su vigencia; en los seguidos por don [REDACTED] contra don [REDACTED] [REDACTED]; y se devuelvan.-

S.S.

RODRIGUEZ MENDOZA

VINATEA MEDINA

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaría
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

01 DIC. 2010